

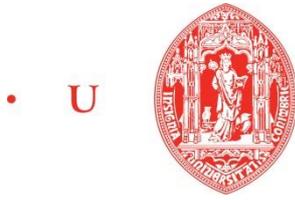


Roberto Nobrega de Almeida Filho

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de especialização de Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela Senhora Professora Doutora Maria Olinda da Silva Nunes Garcia.

Janeiro de 2017



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ROBERTO NOBREGA DE ALMEIDA FILHO

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO

**THE INSTITUTE OF MEDIATION IN THE LUSO-BRAZILIAN
LEGAL CONTEXT**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela Senhora Professora Doutora Maria Olinda da Silva Nunes Garcia

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Maristela, companheira de sempre, às minhas filhas Juliana e Isabela e ao meu filho Roberto Neto, que me acompanharam nesta etapa acadêmica na pátria mãe; à cidade de Coimbra que nos recebeu de braços abertos e hoje é saudade em nossos corações.

À Faculdade de Direito na pessoa da jurista, Professora Doutora Maria Olinda da Silva Nunes Garcia, orientadora desta investigação, que desde a primeira aula, com seu talento natural, ampliou meus horizontes no direito civil e processual civil luso, além da atenção dispensada no curso deste trabalho.

“Afonso Henriques...Camões...D. Dinis... Raça Imortal!

Descobertas...Tradições...Saudade e amor...Portugal!”

(in ‘Cantigas de muito longe... trovas’ - Luiz Otávio, Editora Vecchi,p.77, Rio de Janeiro, MCMLXI)

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar o instituto da Mediação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro e sua característica como política pública alternativa de resolução de litígios, suas convergências e finalidades próprias, tendo em vista a crise de insuficiência do Poder Judiciário para disciplinar e solucionar os conflitos derivados da vida em sociedade, agravada especialmente pela demora na finalização dos processos. Será dado ênfase ao procedimento de mediação privada (civil) no âmbito interno dos dois países.

Nesta dissertação pretendemos apresentar à comunidade jurídica um panorama geral sobre as leis de mediação em Portugal e no Brasil, especialmente os procedimentos desenvolvidos fora do sistema público, e seus efeitos nos litígios privados, cujo arcabouço legal traduz uma nova modalidade jurídica de método consensual de resolução de conflitos de forma mais simples, barata e célere, além de contribuir explícita e beneficentemente para a divulgação da cultura de pacificação social, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Na presente investigação aplicamos o método da pesquisa bibliográfica, obtida de revistas jurídicas e textos disponibilizados em mídia eletrônica e livros relacionados ao tema em pauta.

Palavras-chave: Mediação; Meios extrajudiciais de resolução de conflitos; Autonomia da vontade; Mediador; Princípios; Pacificação social.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the Institute of Mediation in Portuguese and Brazilian legal systems and its characteristic as an alternative public policy for the resolution of disputes, their convergence and their own purposes, in view of the crisis of insufficiency of the Judiciary to discipline and solve the Conflicts arising from life in society, especially exacerbated by the delay in finalizing the processes. Emphasis will be placed on the private (civil) mediation procedure within the two countries.

In this dissertation we intend to present to the legal community an overview of the mediation laws in Portugal and Brazil, especially the procedures developed outside the public system, and their effects in private litigation, whose legal framework translates a new legal modality of consensual method of resolution Of conflicts in a simpler, cheaper and faster way, besides contributing explicitly and beneficially to the dissemination of the culture of social pacification, without the need of intervention of the Judiciary Power.

In the present investigation we applied the method of bibliographic research, obtained from legal journals and texts made available in electronic media and books related to the topic at hand.

Keywords: Mediation; Extrajudicial ways to solve conflicts; Autonomy of the will; Mediator; Principles; Social pacification.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Cit.- Citada

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.03.2015)

CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho

Ob. Obra

P. – página

NCPC – Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.03.2015)

ÍNDICE

RESUMO

ABSTRACT

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO:

1.- Conceito de Mediação nos ordenamentos português e brasileiro;

1.1 a 1.2 - Assento constitucional do instituto da mediação;

1.3 a 1.6 – A mediação na legislação infraconstitucional brasileira e a Resolução 125 do CNJ;

1.7 a 1.9 - Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos (MERC);

2 a 2.3 – A conceção doutrinária de mediação;

CAPÍTULO II

REGIME DA MEDIAÇÃO:

3 a 4.4 - Os princípios da mediação nas legislações luso-brasileira;

5- Vantagem da confidencialidade no procedimento de mediação;

5.1 a 5.2 - A possibilidade de levantamento do sigilo e os impedimentos do mediador;

6 a 6.3 - Os princípios da igualdade e da imparcialidade do mediador;

7 a 7.2 - A independência do mediador;

8 a 8.3 - A competência e a responsabilidade ínsita ao mediador;

9 a 9.3 - Responsabilidades do mediador no caso de conduta ilícita;

10 a 10.3 - O princípio da executoriedade;

11 a 11.3 - Dos conflitos mediáveis;

12 - A convenção de mediação na Lei nº29/2013 e seus efeitos processuais;

13 - Os princípios da oralidade e informalidade no sistema brasileiro;

14 a 14.1- A suspensão da instância na lei nº 13.140/2015 e o encerramento do procedimento de mediação;

15.- A mediação pré-judicial na legislação lusitana;

16 a 16.2 – A homologação do Acordo na modalidade extrajudicial;

17 a 17.1 – O início do procedimento de Mediação;

17.2 a 17.3 - Os honorários do mediador e o artigo 16º da lei nº 29/2013;

18 - As disposições comuns do procedimento de mediação na lei brasileira;

19 a 19.1 - Análise crítica sobre o início da mediação extrajudicial previsto na lei 13.140/2015, e a obrigatoriedade de comparecimento à primeira reunião prevista no artigo 22;

19.2 a 19.3 - Cláusulas contratuais de mediação extrajudicial;

20 a 20.1 - A escolha do Mediador e o dever de revelação antecipada de fatos, conforme artigo 17º da lei 29/2013;

21. O Mediador na legislação brasileira, impedimentos e deveres;

21.1 - A confiança como elemento necessário à atuação como Mediador;

21.2 - O comparecimento das partes ou sua representação, nos termos do artigo 18º da lei lusa;

22 a 27.1 - Requisitos para exercer a função de Mediador, conforme o artigo 11, da lei 13.140/2015; o Estatuto dos mediadores de conflito, regras sobre a sua formação, as entidades formadoras, seus direitos e deveres, impedimentos a teor dos artigos 24º, 25º, 26º e 27º da lei lusa;

27.2 a 28.1 - As hipóteses de impedimento, semelhanças e diferenças nas legislações lusa e brasileira;

29 a 30. A remuneração do Mediador nos contextos jurídicos luso-brasileiro;

31- Menção às regras gerais sobre a autocomposição nos conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, previstas nos artigos 32 a 40 da Lei 13.140/2015;

31.1 - Disposições complementares e finais da Lei 29/2013;

32 a 34 - Considerações sobre a mediação de conflitos coletivos de trabalho (artigo 46º da Lei 29/2013), e a aplicação do direito subsidiário previsto no 47º;

35 a 36 - Críticas à restrição de aplicação da Lei 13.140/2015, às relações de trabalho e demais regulações correlatas;

III - CONCLUSÕES:

37 – A opção investigativa centrada na mediação extrajudicial;

38 – As conexões principiológicas verificadas nos ordenamentos português e brasileiro.

1. Conceito de Mediação nos ordenamentos português e brasileiro:

Pois bem, feito o singelo resumo do estudo em questão passamos a transcrever o conceito de Mediação disposto nas legislações (1) portuguesa (Lei nº 29/2013 de 19 de abril), e (2) brasileira (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) respetivamente, vejamos:

(1) Artigo 2º

Definições

Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por:

a) "Mediação" a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;

b) "Mediador de conflitos" um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.

(2) Art.1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

1.1 Assento constitucional do instituto da mediação:

Na Constituição lusa os meios não judiciais de resolução de litígios tem previsão no artigo 202º, nº4: "A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos".

1.2 No Brasil a constitucionalidade da mediação afere-se logo pela leitura do próprio preâmbulo da Carta Magna, que proclama, dentre outras diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas, a mensagem de solução pacífica das controvérsias, nos seguintes termos: "Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na

ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” (grifamos).

Referida exortação deve ser interpretada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário a responsabilidade exclusiva para solução de todas as controvérsias, e partindo desse fundamento essencial e institucional fica claro que, além da jurisdição estatal, não está excluída a opção de resolução dos conflitos pelos métodos alternativos, cujos objetivos primordiais são a solução e/ou prevenção de litígios e a promoção da paz social.

1.3 A mediação na legislação infraconstitucional brasileira e a Resolução 125 do CNJ:

Na legislação infraconstitucional brasileira encontramos a Lei número 13.105, de 16 de março de 2015 em vigor desde 18 de março de 2016, que regula o novel Código de Processo Civil, e estabelece o instituto da mediação no âmbito do Poder Judiciário, sem exclusão, contudo, de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais para resolução de conflitos nos termos do artigo 3º, § 2º - “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e § 3º - “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, e no artigo 175: “As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”.

1.4 Por sua vez, o artigo número 334 do aludido CPC determina: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (grifamos).

Da mesma forma o Código Civil brasileiro (Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002), conforme seu artigo nº 851 (“é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que possam contratar”), já indicava a preocupação do legislador brasileiro na busca de instrumentos extrajudiciais para solução de controvérsias a serem dirimidas pelos próprios interessados.

1.5 Também se faz necessário referir-nos à Resolução número 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, que instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, e prescreve expressamente no § único do seu artigo 1º: “ Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art.334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”. (Redação dada pela Emenda nº2, de 08.03.16) (in <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>).

1.6 A citada Resolução foi aprovada em 29 de novembro de 2010 e idealizada com o objetivo de se estabelecer uma política nacional de resolução adequada de conflitos e na perspectiva da criação de ambiente não adversarial de solução das disputas, conforme proposição constante no Manual de Mediação Judicial, 2015 (organização: Azevedo, André Gomma, 5ª edição, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, p.17.

1.7 Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos (MERC):

Expostas as normatizações legais do instituto em questão em ambos os ordenamentos, pedimos vênua, antes de continuarmos a discorrer sobre o mesmo, fazer uma breve referência histórica ao termo Mediação, outrora em sinonímia com ‘conciliação’, pois desde 1603 essa possibilidade já constava do código legal português - Ordenações Filipinas - cuja vigência no Brasil perdurou até a proclamação da independência em 1822, e essa sábia premonição está consagrada nas disposições constantes no Livro III, T. 20, §1º, vejamos: *“E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despezas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa he sempre duvidoso...”*”.

1.8 Pois bem, feita a singela referência histórica à técnica da mediação como forma extrajudicial de resolução de litígios, vale acentuar que esse método de soluções consensuais ditadas pelas próprias partes é classificado pela doutrina como ‘RAL’ (Resolução Alternativa de Litígios), sob considerável influência do direito norte-americano (ADR- Alternative Dispute Resolution), todavia, cabe ressaltar que tais rotulações doutrinárias não passam incólumes pelas pertinentes críticas dos Senhores Professores Dulce

Lopes e Afonso Patrão, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, senão vejamos:

(...) “Por um lado, o seu agrupamento é francamente questionável, uma vez que não há uma relação uniforme entre todos os mecanismos que se aglomeram sob aquelas expressões – mediação, conciliação, arbitragem e Julgados de Paz. Em sentido contrário, parte da Doutrina acentua que todos têm em comum serem métodos privados que prescindem da intervenção da justiça pública. Por outro lado, o termo ‘alternativo’ pode ser interpretado como pretendendo uma substituição da via judicial, um combate aos tribunais, o que não é de todo o propósito da mediação (como aliás é inerente ao princípio da voluntariedade - cfr. infra, anotação ao art.4º). A relação que se estabelece é, pelo contrário, a de adequação e complementaridade, porquanto é um modo de procura de uma solução que se quer justa para certos litígios, que não substitui mas antes pressupõe, quando necessário, o recurso ao sistema judiciário. Em alternativa, propõe-se o termo ‘meios extrajudiciais de resolução de conflitos (MERC)’ – porventura reconhecendo-se que a única forma de os agrupar é pela negativa: não são judiciais – ou Adequate Dispute Resolution (ADR). Utilizaremos indiferentemente todas as expressões, atendendo a que as primeiras, ainda que abdicuem de algum rigor, estão enraizadas no vocabulário técnico-jurídico”¹.

1.9 Nas considerações supra transcritas encontramos premissas importantes acerca das finalidades visadas pelo instituto da mediação nos ordenamentos jurídicos luso e brasileiro, especificamente no sentido de que esse meio extrajudicial também se apresenta como um caminho adequado para o tratamento dos conflitos.

Em suma, essa modalidade não judicial de resolução de conflitos objetiva propiciar aos eventuais litigantes uma solução consensual da controvérsia surgida, baseada na vontade deles, e de forma complementar à via judicial, sem que isto interfira no direito de acesso aos tribunais e, obviamente, implique em limitação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição assegurado aos cidadãos portugueses e brasileiros (artigo 20, nº 1 da CRP e artigo 5º, XXXV da CRFB)².

¹Dulce Lopes e Afonso Patrão, Lei da Mediação Comentada, Editora Almedina, Coimbra, 2014, p.8/10.

²ART.20º - 1: ‘A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos...’

ART.5º: ‘XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.

2. A conceção doutrinária de mediação:

O próprio significado do termo mediação já indica que se trata de um meio não adversarial de resolução de conflitos, e dentre as diversas definições doutrinárias do instituto em questão destacamos a do Professor João Paulo Remédio Marques³, que explica tratar-se de “um expediente de harmonia com o qual, ocorrendo um conflito de interesses, os litigantes usam estruturas de autocomposição do respetivo litígio, que o mesmo é dizer que o resultado compositivo é produto do poder de autodeterminação da vontade consensual dos litigantes das pretensões a compor, exactamente quando esse resultado é obtido com auxílio de terceiros auxiliares, os mediadores. A solução do conflito que opõe as partes é assim uma solução amigável e concertada”.

Por sua vez, Maria de Nazareth Serpa define: (...) a mediação não é uma estrutura que deva ser imposta a nenhuma disputa para propiciar solução, sendo um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor neutro assiste aos disputantes na solução das questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora de contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância delas”⁴.

2.1 Essas conceituações estão em consonância com as previsões legais portuguesa e brasileira, na medida em que no citado artigo 2º, ‘a’ da Lei 29/2013, e no artigo 1º, parágrafo único da lei brasileira número 13.140/2015, constam os três elementos estruturantes do instituto em pauta, a saber: a) um mecanismo de resolução alternativa (adequada) do conflito, b) voluntariedade dos interessados e, 3) presença de um mediador imparcial e desprovido de poderes decisórios que auxilia as partes na obtenção de um acordo.

2.2 A partir desses três eixos é possível deduzir que as mencionadas legislações coincidem nas suas finalidades precípuas, pois ambas preveem que a mediação é um meio extrajudicial de resolução de litígios intermediada por um terceiro (mediador) sem poderes impositivos sobre os mediados, cuja tarefa é a de auxiliá-los na tentativa de chegarem a uma composição.

³in Acção Declarativa à Luz do Código Revisto, 3ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.45.

⁴In Teoria e Prática da Mediação de Conflitos, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 1999, p.90/91.

3. Os princípios da mediação nas legislações luso-brasileira:

Os princípios da mediação na lei portuguesa estão assentados no artigo 3º e discriminados do artigo 4º até o 9º, designadamente a voluntariedade (4º), confidencialidade (5º), igualdade e imparcialidade (6º), independência (7º), competência e responsabilidade (8º) e executoriedade (9º). Na legislação do Brasil estão elencados no artigo 2º, I a VIII, a saber: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

3.1 O princípio da voluntariedade, de acordo com os Doulos, é a base da mediação, sua vantagem consiste na desnecessidade de submissão obrigatória a esse método, ou seja, o interessado poderá participar ou não do referido procedimento, eventual recusa não será considerada ofensa ao dever de cooperação previsto na lei adjetiva.

Na intelectualidade de Dulce Lopes e Afonso Patrão⁵ essa característica de empoderamento das partes na mediação decorre especialmente da liberdade de acesso ao sistema em questão, na medida em que serão elas que decidirão, sem imposições externas, a formatação do ajuste, pois “(...) a voluntariedade é patente na conformação do acordo que põe fim ao litígio, que não é imposto por qualquer terceiro ou sequer redigido. Depende da vontade das partes a modelação do consenso que coloca ponto final na contenda até aí existente, recebendo os mediados plenos poderes para encontrar a solução que bem entenderem, ainda que não fosse aquela que seria ditada por um Juiz em aplicação das normas legais mobilizáveis. As partes controlam o processo diretamente, não estando o litígio nas mãos de um decisor externo nem envolto em trâmites e linguagem inacessíveis. Por fim, o princípio da voluntariedade concretiza-se ainda na liberdade de escolha do mediador (ou mediadores), o que contrasta com a via clássica de resolução de conflitos (onde impera o princípio do juiz natural). De facto, a voluntariedade de mediação aprecia-se também pela opção das partes quanto à pessoa que deve conduzir o procedimento – cfr.art. 17º - já que a imposição do mediador poderia implicar uma desconfiança dos mediados. Como é evidente, o princípio da voluntariedade tem como consequência que a mediação não seja um substituto dos tribunais mas uma via complementar, com vantagens evidentes para certos litígios. É a voluntariedade que a torna especialmente atractiva para

⁵ob.cit. p.28/29

as partes, porquanto são elas que controlam todo o procedimento, assumindo a responsabilidade pessoal de solucionar o seu próprio problema”.

3.2 Em ambas legislações verificamos essa premissa comum da voluntariedade⁶, no caso brasileiro traduzida na autonomia da vontade (artigo 2º, V c.c. §2º)⁷, que corresponde à liberdade dos interessados na escolha (espontânea) do processo de mediação para, desse modo, resolverem suas pendências da forma que melhor lhes convier dentro dos limites legais e sem qualquer intervenção impositiva de terceiros, sendo-lhes franqueada também a possibilidade de desistência desse sistema a qualquer momento sem consequências negativas⁸, vale ressaltar, ainda, a garantia assegurada de livre acesso ao Judiciário se essa for a opção mesmo durante o transcorrer do procedimento.

3.3 Por outro lado, insta acentuar outro aspeto importantíssimo sobre o princípio da voluntariedade, eis que, tal preceito não importa num substitutivo ao sistema judicial, na realidade a relação que se estabelece é de adequação e complementaridade à jurisdição, e quando falamos em adequação nos referimos especificamente àqueles casos que apresentam os pressupostos de mediabilidade do conflito – patrimoniabilidade dos interesse e transigibilidade dos direitos – estampados no artigo 11º, nºs 1 e 2 da Lei 29/2013; no ordenamento brasileiro as hipóteses vocacionadas à autocomposição são aferidas nos termos do artigo 3º da Lei 13.140/2015 (“Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (...) §2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”). Essa adequação se dá à partir da perspectiva de que a mediação será a melhor alternativa ou a mais ajustada, rápida e prática para a solução consensual dos conflitos, de tal sorte que, preenchidos os citados critérios de mediabilidade, a insistência na judicialização direta implicará na opção mais inadequada.

⁶ Artigo 4º da Lei 29/2013, 1- O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento, 2-Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento.

⁷ Artigo 2º - A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) V-autonomia da vontade das partes (...) §2º-Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

⁸ Artigo 4º, nº3, da Lei 29/2013 – A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.

Por sua vez, a vertente da complementaridade ao sistema judicial decorre da dependência a esse mesmo sistema para garantir a exequibilidade das decisões celebradas no âmbito extrajudicial de resolução de conflitos, em consonância com o princípio da executoriedade⁹ previsto no artigo 9º da Lei nº29/2013, de 19 de abril, e na lei brasileira no parágrafo único de seu artigo 20¹⁰.

4. Prosseguindo sobre os princípios consagrados em ambas as legislações ora estudadas, fazemos referência ao da confidencialidade, previsto nos artigos 5º e n.º 3 do 18º da Lei 29/2013¹¹, e artigos 2º, VII, e 30º, § 1º da lei nº13.140/2015¹², e nº 166, parágrafo 1º do Código de Processo Civil (Lei número 13.105, de 16 de março de 2015), verbis: “A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso de procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa disposição das partes”.

A previsão de confidencialidade nas legislações em pauta diz respeito à obrigatoriedade de se manter o sigilo de todos os assuntos tratados no curso das sessões de mediação, e alcança especialmente o mediador que não pode divulgar as informações sigilosas a estranhos ao procedimento em questão (dimensão externa) e tampouco às partes nelas envolvidas (dimensão interna), como se infere da regra disposta no artigo 31 da lei brasileira (nº 13.140/2015), in verbis: “Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se

⁹Artigo 9º, nº 1- Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo ministério da Justiça.

¹⁰§ único do artigo 20 - O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

¹¹Artigo 5º, 1- O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem, 2-As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu conhecimento, às restantes partes envolvidas no procedimento (...);

Artigo 18º nº 3 - Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.

¹²Artigo 2º - A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) VII-confidencialidade (...)

30- Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação,§1º- O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação...

expressamente autorizado”, também constante do Estatuto Processual Civil brasileiro no parágrafo 2º, da artigo 166, verbis: ”Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”

Na dicção de Dulce Lopes¹³ o mediador assume deveres próximos a um verdadeiro segredo profissional, e esse encargo exercido com a máxima imparcialidade conferirá credibilidade na sua intervenção além de salvaguardar a confiança nele depositada pelas partes antagônicas, de tal sorte que elas poderão expor seus problemas, razões e particularidades sem receio de que isso implique nalgum prejuízo às suas pretensões ou, ainda, que as informações particulares conhecidas nas sessões de mediação corram o risco de exposição pública indevida.

Cabe ressaltar também que a abrangência do citado princípio é ampla e se irradia a todos os que participaram do procedimento em questão, conforme se verifica pelas disposições constantes no número 3¹⁴ do artigo 18º e artigo 28º¹⁵ da Lei 29/2013.

4.1 Na lei brasileira (nº 13.140/2015) essa obrigação também está presente no artigo 30,§ 1º já transcrito e no acima reproduzido §2º, do artigo 166 do Código de Processo Civil, ambos vedam a exposição pública de fatos, temas e propostas discutidos durante a mediação, inclusive a divulgação em processo arbitral e/ou judicial, a não ser que as partes expressamente decidam levantar o indigitado sigilo, ou quando decorrer de imposição legal ou, ainda, se for necessário para o cumprimento do acordo celebrado em mediação.

4.2 Repetimos, ad nauseam, o citado parágrafo 1º e seus incisos I a IV do artigo 30 da Lei número 13.140/2015, e o parágrafo 2º do artigo 166 do Código de Processo Civil brasileiro, tal qual a norma portuguesa similar (artigos 5º,n.ºs 1 e 2, 18º, n.3 e 28º), são expressos em estender o dever de confidencialidade a todos os atores que participaram da mediação (mediador, partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que, direta ou indiretamente, tenham participado do procedimento) e essa obrigação alcança não só as informações conhecidas mas também todo o conteúdo das sessões,

¹³ob.cit. p.39

¹⁴3-Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.

¹⁵Art.28- Sem prejuízo do disposto no n.3 do artigo 5º, o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.

nomeadamente “(...) os documentos trocados, as palavras dirigidas pelas partes e pelo mediador, as propostas de solução formuladas no seio das sessões”¹⁶.

4.3 Em ambas as legislações analisadas verifica-se que o princípio da confidencialidade não é absoluto – aliás como todos os demais – e sofre restrições quando estejam em causa razões de ordem pública conforme disposto no artigo 5º, 3 da lei lusa¹⁷, e no Brasil essa exceção consta no supra referido artigo 30. Na vertente portuguesa as restrições são mais detalhadas e abrangem a proteção do interesse superior da criança e da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, enquanto que na lei brasileira a obrigatoriedade de sigilo cede naqueles casos de comunicação relativa à ocorrência de crime de ação pública - hipóteses que nos parecem redundantes pois naturalmente encontram-se inseridas no âmbito do interesse público, independentemente do eventual sucesso da mediação.

4.4 Por outro lado, destacamos uma disposição da lei brasileira que não encontra correspondência com a portuguesa, que é aquela referente ao dever das pessoas discriminadas no caput do artigo 30 de prestarem informações à administração tributária (parágrafos 3º e 4º)¹⁸.

5. Vantagem da confidencialidade no procedimento de mediação:

De todo o exposto já é possível inferir uma vantagem significativa do procedimento de mediação, que é a ausência de exposição pública do litígio, pois, não haverá necessidade da intervenção de terceiros estranhos, como testemunhas ou peritos, e não havendo divulgação da questão litigiosa a imagem externa dos contendores restará preservada, e este, indubitavelmente, é um aspeto – privacidade – relevantíssimo no mundo atual dos negócios na economia globalizada, na medida em que, ao público (por exemplo: consumidores) em geral ou ao mercado financeiro - quando for o caso de conflitos empresariais de alta repercussão económica - a impressão transmitida será de segurança,

¹⁶Neste sentido, Dulce Lopes e Arnaldo Patrão, ob.cit. p.41.

¹⁷Artigo 5º, n.3 da Lei 29/2013: O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

¹⁸§3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública

§4º A regra de confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

solidez e estabilidade dos litigantes, quer sejam pessoas naturais ou empresas, mesmo estando em curso o indigitado procedimento.

Neste ponto, e ainda a propósito do princípio da confidencialidade, julgamos assaz oportuno transcrever as reflexões de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten, expostas na obra “A Mediação no Novo Código de Processo Civil”, coordenadores: Professores Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja e da Advogada e Mediadora Samantha Pelajo (Editora Forense/Gen, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2016, p.26), vejamos: “O §§ 1º e 2º do art. 166 trazem a preocupação específica com a confidencialidade. A confidencialidade se insere no rol das obrigações de não fazer. Trata-se da proibição imposta ao mediador de não expor a terceiros o processo de mediação, as informações obtidas durante o seu desenrolar. É regra universal em termos de mediação, até porque é uma das propaladas vantagens desse procedimento e que atrai muitos interessados, observada na maior parte das mediações. Ademais, a confiança é o ponto central da mediação. Nesse passo, a confidencialidade é o instrumento que confere esse elevado grau de compartilhamento para que as partes se sintam à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e muitas vezes estratégicas, que certamente não exteriorizariam num procedimento orientado pela publicidade.

5.1 A possibilidade de levantamento do sigilo e os impedimentos do mediador:

Destacamos, ainda, outra questão relevante dos dispositivos sob análise respeitante à possibilidade ou não das partes permitirem o levantamento da confidencialidade, e desde logo alertamos que referido tema sofre crítica da doutrina de escol, especialmente aquela feita pelos juristas Dulce Lopes e Afonso Patrão na já citada obra “Lei da Mediação Comentada”¹⁹, e sem embargo das opiniões contrárias, esta nos parece a mais acertada, tendo em vista que de acordo com as regras constantes dos artigos 5º, número 3 da lei 29/2013, e 30, caput e seus parágrafos 3º e 4º da lei brasileira n.º 13.140/2015 respetivamente, é razoável interpretar que a indigitada restrição, na forma prevista nos termos legais invocados, só poderá ser suprimida nas hipóteses em que esteja em risco a ordem pública ou para resguardar a eficácia do próprio acordo celebrado na mediação.

Assevera-se, ainda, que o mediador, na sua atuação interna e de acordo com as balizas das referidas leis, deverá manter o sigilo sobre as informações conhecidas das

¹⁹ob.cit. p.43/45.

partes durante as sessões de mediação, a não ser que elas permitam²⁰ a intercomunicação (conforme artigo 5º, número 2 da Lei 29/2013, já transcrito).

5.2 Uma consequência natural derivada do princípio da confidencialidade que delimita o ofício do mediador, é o seu impedimento para atuar como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o procedimento de mediação (artigo 28º da lei 29/2013), regra essa repetida no contexto brasileiro conforme artigos 6º e 7º da Lei 13.140/2015²¹ e parágrafo 2º, do artigo 166 do CPC.

Diante das vedações legais supra transcritas concluímos que, caso o mediador venha a ser convocado para prestar depoimento em sede judicial ou arbitral a respeito de assunto conhecido em procedimento de mediação, este deverá se abster, a não ser que se trate daqueles temas abrigados nas exceções previstas nos artigos sub examine.

6. Os princípios da igualdade e da imparcialidade do mediador:

Avançando na análise dos princípios que regem o instituto da mediação, passamos agora a abordar o da igualdade e da imparcialidade previstos no artigo 6º, nºs 1 e 2 da Lei 29/2013, que coincidem com as disposições do artigo 2º, incisos I e II da Lei 13.140/2016²².

Os mencionados princípios pressupõem uma atuação imparcial do mediador, nessa condição espera-se que ele exerça seu mister sem externar preferência pelo resultado final da mediação, que proceda de maneira completamente neutra e equidistante dos interesses das partes durante o citado procedimento, exatamente de acordo com as prescrições dos citados artigos 6º, números 1 e 2 (Lei 29/2013) e 2º, I e II, da lei brasileira.

6.1 O princípio da igualdade – segundo Cátia Marques Cebola²³ - compreende o direito das partes a todas as informações relacionadas à mediação, de poderem manifestar

²⁰ Artigo 31, da Lei 13.140/2015: “Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado”.

²¹ Artigo 6º: “O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

“Artigo 7º:” O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador”

²² Artigo 6º, 1 : “As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as participarem no mesmo.

2 :”O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação”

Artigo 2º : “A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I: imparcialidade do mediador;

II: isonomia entre as partes”

²³ Cátia Marques Cebola, La Mediación, pp.190ss, in Lei de Mediação Comentada, p.47.

seus argumentos e razões livremente e colaborar com o procedimento, de terem a assessoria de advogados, e, na hipótese de desequilíbrio insuperável de poder entre elas, contar com a intervenção do mediador para o encerramento do processo.

Em suma, o mediador, por força da isonomia, deverá dispensar tratamento equânime aos mediados, atuar de forma blindada contra pressões externas e das próprias partes, para, dessa forma, conduzir o procedimento com isenção de ânimo e evitar, assim, qualquer favorecimento a uma das partes.

6.2 Ressaltamos, ainda, que os artigos 26º, f e 27º da legislação lusa²⁴ conformam as indigitadas garantias do princípio da imparcialidade do mediador, estabelecem as hipóteses em que ele deverá declarar-se impedido ou escusar-se, de tal sorte que, sobrevindo dúvidas concretas a respeito da sua imparcialidade ou neutralidade para conduzir o procedimento, o mediador deverá revelar todas as circunstâncias que, de alguma forma, possam comprometer o obrigatório tratamento equitativo que deve ser dispensado a ambas as partes, e recusar sua designação e, se já estiver em curso a mediação, interrompê-la e pedir sua escusa²⁵.

6.3 No ordenamento brasileiro os supracitados princípios encontram-se no artigo 2º, incisos I e II antes transcritos e no artigo 170, do CPC, verbis : “No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição”.

Derradeiramente, concluímos, pois, que os citados princípios informativos da igualdade e da imparcialidade estão presentes nas legislações ora analisadas, o da isonomia entre as partes corresponde ao da igualdade na lei lusa.

7. A independência do mediador:

Na sequência referimo-nos ao princípio da independência previsto no artigo 7º, 1 a 3 da Lei 29/2013, cuja premissa parte da ideia de que o mediador deverá exercer sua

²⁴Artigo 26º, f :” Revelar aos intervenientes no procedimento qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua imparcialidade ou independência e não conduzir o procedimento nessas circunstâncias”

Artigo 27º, 1 – ‘O mediador de conflitos deve, antes de aceitar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação, revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção’

²⁵Artigo 27º, 3 – “O mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, considere ter a sua independência, imparcialidade ou isenção comprometidas não deve aceitar a sua designação como mediador de conflitos e, se já tiver iniciado o procedimento, deve interromper o procedimento e pedir a sua escusa”

função livremente sem subordinação a fatores externos ou interferências pessoais. Na dicção da Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutora Maria Olinda Garcia²⁶, referido princípio (...) “liga-se estreitamente os princípios da igualdade e da imparcialidade que este sujeito deve observar na relação com os sujeitos em conflito, pois só o mediador que pode agir livremente, sem subordinação a qualquer hierarquia, organização de interesses ou grupo de pressão, pode ser absolutamente isento na sua atuação e pode tratar as partes com total igualdade”.

7.1 Na lei número 13.140/2015, o princípio da independência está inserido no artigo 2º, incisos I (imparcialidade do mediador) e II (isonomia entre as partes), tais normas impõe ao profissional escolhido o dever de manter equidistância em relação aos mediados no curso do respetivo procedimento, inclusive de absterem-se de emitir suas opiniões e/ou convicções pessoais que possam influenciar o deslinde da mediação, sua performance deve ser exercida livremente e sem subordinação ao poder judiciário ou a alguma outra entidade pública ou privada, e salvaguardar, assim, a neutralidade necessária em relação às escolhas das partes, que terão o completo controle do procedimento (empowerment).

7.2 Asseveramos, ainda, que o princípio da independência alojado no artigo 7º da Lei nº29/2013²⁷, também consta no ordenamento brasileiro conforme a disposição expressa no artigo 166²⁸ da Lei número13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) em vigor desde 18 de março do corrente ano.

8. A competência e a responsabilidade ínsita ao mediador:

Trazemos à baila o princípio da competência e da responsabilidade contido no artigo 8º, números 1 e 2²⁹ da Lei nº 29/2013, que regula a formação dos mediadores para o

²⁶In “O Contrato na gestão do Risco e na Garantia da Equidade”, workshop-Coordenação António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico/FDUC, novembro-2015,Coimbra, ‘Gestão Contratual do Risco Processual A Mediação na Resolução de Conflitos em Direito Civil e Comercial’-Professora Maria Olinda Garcia ,ps.167/190 - ij.fd.uc.pt/publicacoes_grupo3_001.html

²⁷Artigo 7º, 1 : “ O mediador tem o dever de salvaguardar a independência inerente à sua função”.

2: “ O mediador de conflitos deve pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão, seja resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas”.

3: “O mediador de conflitos é responsável pelos seus atos e não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses mesmos sistemas”.

²⁸Artigo 166 : “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”

²⁹Artigo 8 , nº 1: “ Sem prejuízo do disposto na alínea e) do nº 1 e no nº 3 do artigo seguinte, o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de

exercício da respetiva atividade (competência), e as hipóteses de responsabilização (civil) do profissional que infringir os deveres a que está submetido nos termos da Lei 29/2013, especificamente aqueles dispostos nos artigos 26º, 27º e 28º, bem como os que disciplinam os sistemas públicos de mediação.

No magistério de Maria Olinda Garcia³⁰ “O designado princípio da competência do mediador, traçado pelo n.1 do art.8º, não constitui propriamente um comando ou padrão da atuação do mediador na sua atividade. A ideia de que o mediador deve ter as competências adequadas ao exercício da sua atividade inscreve-se, antes, no domínio dos pressupostos necessários para se aceder ao estatuto de mediador e para manter atualizadas as suas qualificações. O princípio da responsabilidade do mediador, definido no n.2 do art.8, prevê a possibilidade de este sujeito incorrer em responsabilidade civil, nos termos gerais, quando ‘ viole os deveres de exercício da respetiva atividade’, quer os resultantes da Lei 29/2013 (nomeadamente, art. 26º, 27º e 28º), quer de regulamentos dos sistemas públicos de mediação”.

Comungamos do entendimento supratranscrito, pois, a indigitada capacitação dos mediadores não é, a priori, condição impositiva para o exercício da atividade em questão, a própria lei de regência não impõe isso, basta verificar que somente regulou que o mediador de conflitos ‘pode frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas’, indicativo de que a habilitação para o desempenho da atividade independe de formação especial, esta, na realidade, seria um pressuposto daquela.

8.1 Pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro (Lei 13.140/2015) também seguiu essa diretriz lusa no que tange à mediação extrajudicial, pois, de acordo com o artigo 9º, verbis: “Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”, portanto, em decorrência dessa disposição - muito embora haja a previsão de capacitação para fazer mediação - é válido concluir que qualquer pessoa maior e capaz que

mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24º”

nº 2 : “O mediador de conflitos que viole os deveres de exercício da respetiva atividade, nomeadamente os constantes da presente lei e, no caso da mediação em sistema público, dos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, é civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais de direito”.

³⁰Ob.cit., p.177.

tenha a confiança das partes poderá atuar como mediador, e essa premissa decorre da pressuposição lógica de que o ‘escolhido’ seja capacitado para tal mister, pois, a contrario sensu, não seria nem um pouco razoável supor que os interessados escolhessem alguém despreparado para solução da contenda. Esta ratio coincide com a hipótese inserida no próprio Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que prevê em seu artigo 168, §1º a possibilidade das partes escolherem, de comum acordo, o mediador que poderá ou não estar registrado no tribunal (artigo 168, parágrafo 1º - “O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal).

A norma em questão está em consonância com o princípio da autonomia da vontade das partes³¹, que assegura a liberdade delas para planejar o método alternativo de resolução do conflito que as envolve da forma que melhor atenda seus interesses, obedecidas certas limitações legais.

8.2 Em respaldo à presente argumentação, suscitamos o fato de que, na lei de mediação referida, a exigência de capacitação específica para atuação como mediador só alcança os judiciais, conforme a regra disposta no artigo 11, verbis: “Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM – ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

8.3 Nos sistemas públicos de mediação portugueses as exigências legais específicas de acesso à atividade em pauta, constam nos artigos 39º e 40º da Lei 29/2013.

9. Responsabilidades do mediador no caso de conduta ilícita:

O princípio da responsabilidade versa sobre as implicações às quais o mediador estará sujeito no caso de violar os deveres previstos no número 2 do artigo 8º da lei portuguesa, notadamente, sua responsabilização civil pelos danos causados em decorrência da sua atuação, todavia, sua obrigação é de meios, logo, em caso de eventual incumprimento do acordo celebrado pelas partes ou pelo insucesso da mediação não caberá responsabilização.

³¹Artigo 2º, V da Lei 13.140/2015: “ A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) V – autonomia da vontade das partes”

9.1 Cumpre destacar, ainda, que na mediação privada entendemos que a atividade do mediador corresponde a um contrato de prestação de serviços, considerando que ele é contratado para fazer o serviço de mediação e a sua remuneração é paga pelos mediados conforme disposto no artigo 29³² da Lei 29/2001. Neste mesmo sentido o escólio de Maria Olinda Garcia³³.

9.2 Nos sistemas públicos de mediação se ocorrer violação culposa dos deveres conferidos ao mediador que resulte em danos, sua responsabilidade será de natureza extracontratual, pois o procedimento em questão será regido pelas normas do serviço público³⁴ cujo profissional – embora as partes possam indicá-los - será designado dentre aqueles inscritos nas listas de cada sistema público³⁵, e a sua remuneração será “estabelecida nos termos previstos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema” (artigo 42º, da Lei 29/2013), não há portanto, celebração de contrato com o mediador.

A mesma interpretação serve ao caso brasileiro de mediação judicial, cujos lastros legais são as disposições previstas nos artigos 11, 12 parágrafos 1º e 2º e 13³⁶ da Lei 13.140/2015, as quais indicam claramente que a vinculação e a atuação dos mediadores obedecerão às regras do serviço público, caberá aos tribunais a fixação da remuneração devida pelo serviço prestado.

9.3 No sistema jurídico brasileiro, a noção de conduta ilícita praticada com violação ao dever legal de não lesar outrem está tipificada no artigo 186, do Código Civil, verbis: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Diante da imperatividade dessa norma podemos afirmar que, na legislação brasileira reguladora da

³² Artigo 29º : “ A remuneração do mediador de conflitos é acordada entre este e as partes, responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento”

³³ Ob.cit., p.177 – “O mediador presta um serviço aos litigantes. A sua principal obrigação corresponde a uma obrigação de meios, ou seja, a de desenvolver as diligências adequadas para que as partes consigam negociar e eventualmente alcançar um acordo que ponha fim ao litígio”.

³⁴ Artigo 30º : “ Os sistemas públicos de mediação visam fornecer aos cidadãos formas célere de resolução alternativa de conflitos, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas”.

³⁵ Artigo 38º : “As partes podem indicar o mediador de conflitos que pretendam, de entre os mediadores inscritos nas listas de cada sistema público de mediação”.

³⁶ Artigo 12 : “Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

Artigo 13 : A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta lei”.

mediação, seria inócua e redundante a imputação de responsabilização do mediador que transgredisse ilicitamente seus deveres, pois, é óbvio que se houver incumprimento culposo das suas obrigações contratuais a consequência natural será o dever de indenizar nos termos do artigo 927 do Códex Civil³⁷.

10. O princípio da executoriedade:

Analisaremos agora o princípio referido estabelecido no artigo 9º, nºs 1 ‘a’ a ‘e’, e 4³⁸ da Lei nº 29/2013, e no parágrafo único do artigo 20³⁹ da Lei brasileira (nº 13.140/2015).

10.1 De um modo geral podemos obtemperar que o princípio em pauta estabelece os requisitos legais necessários para conferir força executiva ao ajuste obtido em procedimento de mediação.

Pedimos vênua novamente para invocar a lucidez jurídica da Senhora Professora Maria Olinda Garcia, que em seu retrocitado artigo “Gestão Contratual do Risco Processual A Mediação na Resolução de Conflitos em Direito Civil e Comercial”⁴⁰, analisou minuciosamente os pressupostos inerentes deste preceito primordial, assentando:

“ O princípio da executoriedade, previsto no art.9º, estabelece os requisitos a que deve obedecer o acordo alcançado pelas partes (nos termos do art.20º) para que lhe seja conferido força executiva quando a mediação corre fora dos sistemas públicos e em fase não judicial do litígio. O acordo alcançado em fase judicial, com suspensão da instância, é homologado pelo juiz do processo, como estabelece o n.5 do art.273º do CPC. Desenvolvendo-se a mediação nos julgados de paz, o acordo é homologado pelo juiz de paz, nos termos do art.56º, n.1 da Lei n.78/2001 (alterada pela Lei n.54/2013). O acordo

³⁷ Artigo 927 : “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

³⁸ Artigo 9º, 1 : “Tema força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação:

- a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial;
- b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração;
- c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos;
- d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e
- e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça (...)

4: Tem igualmente força executiva o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas a e d do nº 1, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva”.

³⁹ § único do artigo 20 : “ O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

⁴⁰ Ob. cit. ,p. 179

obtido em mediação civil e comercial, no âmbito do procedimento regulado na Lei 29/2013, com a participação de mediador inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça, e com observância dos demais requisitos estabelecidos no n.1 do art.9º tem força executiva própria, ou seja, sem necessidade de homologação judicial. Este título executivo deverá, assim, inscrever-se entre os previstos na al. d) do n.1 do art. 703º do CPC, ‘ os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva’. Apesar de o acordo assim alcançado ter força executiva, as partes têm a faculdade de submeter a acordo a homologação judicial, nos termos do art.14º, apresentando o pedido conjuntamente em qualquer tribunal competente em razão da matéria”.

10.2 Em vista da clarividência da lição supratranscrita seria até desnecessário outras considerações, todavia, cumpre destacar que, no nosso ponto de vista, um dos motivos primordiais da eficácia executiva conferida ao acordo lavrado em mediação é justamente incentivar as partes a optarem pelos mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, em sintonia fina, portanto, com a ideia original de celeridade e efetividade do procedimento.

Oportunamente, ressaltamos, ainda, que os contendores poderão submeter à homologação judicial o acordo obtido em mediação - já dotado de executoriedade nos termos do artigo 9º, n.º1, a a e, e n.º4 da lei nº 29/2013 - conforme a norma disposta no verbete 14º, n. 1, verbis: “ Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial”.

10.3 Na legislação brasileira adotou-se o mesmo critério de conferir eficácia executiva aos acordos de mediação, como se constata pelas disposições contidas no supra transcrito parágrafo único do artigo 20, ratificado pelo artigo 515, II e III⁴¹, do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), cujo inciso III é dirigido aos casos de acordos celebrados em mediação extrajudicial. Caso não haja homologação, o termo final do acordo constituir-se-á título executivo extrajudicial nos termos do parágrafo único do artigo 20 da Lei n.º 13.140/2015.

⁴¹ Artigo 515 – “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste título: (...)

II – a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”.

11. Dos conflitos mediáveis:

O artigo 10⁴² da Lei 29/2013 especifica que os litígios mediáveis em Portugal são aqueles de natureza civil e comercial, com exclusão dos litígios passíveis de mediação familiar, laboral e penal (número 2), que são regulados por legislações específicas sobre tais matérias.

11.1 No Brasil o artigo 1º da lei nº 13.140/2015 define o conceito legal da mediação “como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, por sua vez o 3º da citada lei de regência dispõe: “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, enquanto o parágrafo único do artigo 42 prescreve: “A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”, diante dessas balizas legais podemos concluir, então, que as questões de caráter civil, comercial, administrativa e fiscal estão inseridas no âmbito de aplicação da lei brasileira, excetuando-se as de natureza laboral.

Por oportuno, ressaltamos uma diferença importante entre a legislação lusa - que exclui do seu âmbito de aplicação a apreciação das causas de natureza administrativa e fiscal - e a congénere brasileira (Lei 13.140/2015), que dedicou o Capítulo II, Seções I e II, artigos 32 a 40 para disciplinar as condições que regem a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

11.2 Em relação ao objeto – cabimento da mediação em conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação - entendemos que a redação usada na norma em destaque⁴³ pode suscitar dúvidas em relação ao seu alcance.

Genericamente, entende-se por direito indisponível aquele que é relativo a um interesse público, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade, ou seja, são direitos indisponíveis aqueles aos quais os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. A partir dessa premissa inferimos que o comando contido no parágrafo 2º do artigo 3º da lei brasileira viabiliza, em caso de consenso entre partes sobre

⁴² Artigo 10º - Âmbito de aplicação

1 “O disposto no presente capítulo é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal”.

⁴³ Artigo 3º, § 2º, Lei 13.140/2015 : “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”

direitos indisponíveis, porém transigíveis, a submissão da avença ao crivo do juiz, com oitiva do Ministério Público.

Feitas as singelas distinções entre os dois conceitos acima mencionados - disponibilidade e indisponibilidade de direitos - chegamos à seguinte conclusão: não se pode confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois, esta somente se verifica nas hipóteses em que a lei categoricamente veda a transação, por isso repetimos: inexistindo tal restrição, nas demais situações litigiosas que envolvam direitos indisponíveis, porém transigíveis, o acordo deverá, obrigatoriamente, ser submetido à apreciação do juiz, com intervenção do Ministério Público.

11.3 Já no sistema português os litígios objeto de mediação civil e comercial estão regulados no artigo 11º, nºs 1 e 2 da Lei nº 29/2013⁴⁴, e os critérios que emanam dessas normas são o da patrimonialidade dos interesses e a transigibilidade dos direitos. O primeiro refere-se à possibilidade de estimativa pecuniária do interesse em jogo, e o segundo diz respeito aos direitos disponíveis. À partida, fazemos remissão ao artigo 1249º do Código Civil⁴⁵, que veda a transação de direitos indisponíveis (como por exemplo os de personalidade e de família) e sobre questões relativas a negócios ilícitos.

Insta acentuar que a questão relativa à qualificação sobre o conceito de disponibilidade de direitos não tem sido tarefa fácil aos Doutos, ainda mais quando nos deparamos com a questão da incidência das regras de ordem pública no âmbito do Direito Privado, especialmente como parece suceder nos casos sujeitos à mediação, ou seja, até onde o procedimento pode ir sem ferir a questão relativa à indisponibilidade de direitos.

O tema em pauta é assaz tormentoso, para tentar dirimi-lo e torná-lo mais palatável, invocamos o magistério do saudoso jurista Carlos Maximiliano, que em sua obra notável “Hermenêutica e Aplicação do Direito”⁴⁶, já explanava: “Toda disposição, ainda que ampare um direito individual, atende também, embora indiretamente, ao interesse público; hoje até se entende que se protege aquele por amor a este: por exemplo, há

⁴⁴ Artigo 11º - Litígios objecto de mediação civil e comercial

1. Podem ser objecto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a intersse de natureza patrimonial.
2. Podem ainda ser objecto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.

⁴⁵ Artigo 1249º: “As partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos”.

⁴⁶ Carlos Maximiliano, 16ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 216.

conveniência nacional em ser a propriedade garantida em toda sua plenitude (1). A distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma pública aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve ao interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial (2). Os limites de uma e outra espécie têm algo de impreciso; os juristas guiam-se, em toda parte, menos pelas definições do que pela enumeração paulatinamente oferecida pela jurisprudência (3). Quando, apesar de todo o esforço de pesquisa e de lógica, ainda persiste razoável e séria dúvida sobre ser uma disposição de ordem pública ou de ordem privada, opta-se pela última; porque esta é a regra, aquela, a limitadora do direito sobre as coisas, etc., a exceção (4).”

Em vista da amplitude das lições supra transcritas, que inclusive sufragam a prevalência das disposições privadas dos indivíduos em face das disposições de ordem pública, e por força do brocardo ‘dispositio hominis facit cessare dispositionem legis’ podemos inferir que o interessado, na mediação, terá liberdade para dispor ou convencionar em tudo aquilo que lhe beneficiar especialmente nos aspetos relacionados a direitos patrimoniais de caráter privado, resguardando-se tão-somente os preceitos de ordem pública já exemplificados.

12. A convenção de mediação na Lei nº29/2013 e seus efeitos processuais:

O artigo 12º, números 1 a 4 da Lei n.º 29/2013, estabelece as regras que regem a convenção de mediação no ordenamento português, e a primeira disposição⁴⁷ reza que as partes podem prever contratualmente que os eventuais litígios decorrentes do contrato sejam submetidos à mediação.

A segunda prescrição⁴⁸ da norma referida determina que a convenção de mediação adote a forma escrita, sob pena de invalidade da convenção, pois, trata-se de formalidade

⁴⁷ Artigo 12º, n.º1 : “As partes podem prever, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação”.

⁴⁸ Artigo 12º, n.2 : “A convenção referida no número anterior deve adotar a forma escrita, considerando-se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrônicos de comunicação”.

ad substantiam a teor da disposição contida no número 3⁴⁹. Além da exigência de forma escrita, também servirá para instrumentalizar a convenção outras manifestações exteriorizadas por qualquer meio escrito (cartas, telegramas, email e outros recursos eletrônicos).

O principal efeito (negativo temporário) processual que decorre da indigitada convenção está previsto no número 4⁵⁰, especificamente a suspensão da instância, exceção dilatória a ser invocada pelo réu que pretenda constituir o procedimento em questão até o momento da apresentação da sua primeira impugnação. Desse modo, caso alguma das partes desrespeitar a convenção e resolver recorrer diretamente aos tribunais, caberá ao réu suscitar à exceção em tela e assim bloquear a competência do tribunal judicial para conhecer do litígio, que deverá ser redirecionado para o procedimento de mediação.

Neste mesmo sentido a dicção da Senhora Professora Maria Olinda Garcia⁵¹ que ao discorrer sobre os efeitos da convenção sintetizou-os nestes termos: “A convenção de mediação produz, para os seus subscritores, aquilo a que poderemos chamar um efeito negativo temporário, ou seja, uma inibição da competência do tribunal judicial para conhecer do mérito da causa, quando seja proposta ação em tribunal e o réu, na sua contestação, invoque a existência da convenção, produzindo-se a suspensão da instância e remessa do processo para mediação, nos termos do n.4 do art.12º. Caso alguma das partes recuse iniciar ou continuar o procedimento de mediação, como o princípio da voluntariedade lhe permite, a instância judicial será conseqüentemente retomada”.

Convém salientar, ainda, que na legislação adjetiva lusa também encontramos a previsão de suspensão de instância, por ordem do juiz, em qualquer estado da causa, nas situações em que ele julgar mais conveniente, a não ser que haja oposição de uma das partes, caso não haja, o acordo alcançado será homologado em consonância com os termos do artigo 273º, números 1 a 5 do Código de Processo Civil lusitano.

⁴⁹ Artigo 12º, n.3 :”É nula a convenção de mediação celebrada em violação do dispositivo nos números anteriores ou no artigo anterior”.

⁵⁰ Artigo 12º, n.4 :” O tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até o momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação”.

⁵¹ Ob.cit.,p.181

13. Os princípios da oralidade e informalidade no sistema brasileiro:

No Brasil, por força dos princípios da oralidade e da informalidade⁵², a forma escrita não é obrigatória, de tal sorte que só haverá necessidade de registrar os atos reputados essenciais, como na hipótese de encerramento da mediação em decorrência de acordo ou quando o procedimento for infrutífero, seja por declaração do mediador ou por pedido de qualquer das partes (artigo 20, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015)⁵³. A previsão de informalidade potencializa o princípio da instrumentalidade das formas ao assegurar as partes a chance de praticar os atos do procedimento de acordo com as suas conveniências, atos que serão considerados válidos desde que alcancem suas finalidades. Já em Portugal os princípios da informalidade e da flexibilidade não foram inseridos na lei da mediação, muito embora a Doutrina os considere inerentes ao indigitado procedimento.

14. A suspensão da instância na lei nº 13.140/2015 e o encerramento do procedimento de mediação:

No sistema brasileiro, à semelhança do português, nas disposições comuns do procedimento de mediação a suspensão da instância está prevista no caput do artigo 16 da Lei 13.140/2015 (“Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do conflito”), inclusive com suspensão do prazo prescricional⁵⁴ enquanto transcorrer o procedimento em questão.

Na mediação extrajudicial também encontramos a indigitada ‘suspensão’ derivada de cláusula contratual, conforme disposto no caput do artigo 23⁵⁵.

No novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o parágrafo único do artigo 221 é expresso em dispor sobre a suspensão dos prazos para fins de execução de programa do Judiciário relacionados à resolução alternativa de conflitos (“Suspendem-se os prazos

⁵²Artigo 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...)

III – oralidade;

IV – informalidade.

⁵³Artigo 20 : “O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

⁵⁴Artigo 17, Parágrafo único: ”Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional”.

⁵⁵Artigo 23 : “Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição”.

durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos”), a mesma prescrição consta do parágrafo único do artigo 694 do CPC, que refere-se a ações de família, porém extensível a outras circunstâncias (“A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar).

14.1 Por oportuno, fazemos referência às determinações constantes do artigo 20 que disciplina o encerramento da mediação mediante a lavratura do seu termo final nas seguintes hipóteses: celebração de acordo ou quando não houver mais justificativas em envidar novos esforços para se obter o consenso dos mediados; tais situações poderão ser certificadas por declaração do mediador ou a requerimento de qualquer das partes. Registramos, novamente, que o termo final de mediação, havendo acordo, valerá como título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial (parágrafo único do artigo 20 da lei 13.140/2015).

15. A mediação pré-judicial na legislação lusitana:

No ordenamento luso o artigo 13º disciplina a mediação pré-judicial, ou seja, aquela ocorrida fora do contexto judicial, e as suas disposições, de um modo geral, apontam para certas vantagens aos optantes do referido método extrajudicial, como a possibilidade de poderem recorrer à mediação previamente à apresentação do litígio em tribunal⁵⁶, hipótese em que os prazos prescricionais e de caducidade suspender-se-ão a partir da data em que for firmado o protocolo de mediação.

Por outro lado, os citados prazos reativam-se⁵⁷ a partir da conclusão do procedimento, seja pela recusa de uma das partes em continuá-lo, ou em decorrência do transcurso do prazo máximo de duração do processo, ou, ainda, quando o mediador houver por bem encerrá-lo. Em suma, os prazos de caducidade e de prescrição começam quando os interessados requerem a mediação e terminam no ato da conclusão do processo. No

⁵⁶Artigo 13º, n.º1 :”As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer à mediação para a resolução desses litígios”;

n.º 2 :”O recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação”

⁵⁷ n.º3 : “Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se com a conclusão do procedimento de mediação motivada por recusa de uma das partes em continuar com o procedimento, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou ainda quando o mediador determinar o fim do procedimento”.

âmbito dos sistemas públicos o dies a quo é quando todas as partes tenham concordado com a realização da mediação (nº2).

Julgamos interessante ressaltar também a disposição contida no artigo 16º, número 2⁵⁸, relacionada à mediação extrajudicial, que define expressamente o ato da assinatura do protocolo de mediação como o momento inicial do respetivo procedimento, o mesmo se sucede nos sistemas públicos de acordo com o disposto no artigo 34º⁵⁹.

16. A homologação do Acordo na modalidade extrajudicial:

Passamos agora a abordar a homologação de acordo, a pedido das partes, celebrada em sistema extrajudicial, hipótese versada no artigo 14º⁶⁰ da Lei número29/2013.

Muito embora o artigo 9º da legislação referida dispense a homologação judicial para imprimir efeito executivo aos acordos de mediação - desde que observados os requisitos das suas alíneas ‘a’ a ‘e’ e número 4 - as partes têm a faculdade de pedir conjuntamente a chancela judicial em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via eletrônica, nos termos de portaria governamental originária da área da justiça (conforme redação do número 2 do artigo 14º).

A indigitada homologação tem por finalidade a verificação judicial acerca da mediabilidade do litígio, se houve a observância dos princípios gerais de direito sobre a capacidade das partes para realizar a mediação, se respeitou-se a boa-fé da inexistência de abuso de direito e se o seu conteúdo não viola a ordem pública. Tais determinações estão elencadas no número 3⁶¹ da norma em questão.

Interessante destacar também que no preceito em pauta, diferentemente do disposto no artigo 9º, número 1, ‘e’, não se previu a necessidade de inscrição do mediador na lista do Ministério da Justiça, razão pela qual podemos concluir que naqueles casos de procedimento de mediação em que não tenha participado mediador registrado na citada

⁵⁸ Artigo 16º, n.2 : “O acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação”

⁵⁹ Artigo 34º : “ O início do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação pode ser solicitado pelas partes, pelo Ministério Público ou por Conservatória do Registro Civil, sem prejuízo do encaminhamento de pedidos de mediação para as entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação por outras entidades públicas ou privadas”

⁶⁰ Artigo 14º, n.1 – “Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial”

⁶¹ Artigo 14º, n.3 – “A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública”

lista, ou, ainda, em acordos que não seguiram o regramento específico da Lei nº 29/2013, restará às partes que pretendam imprimir a respetiva eficácia executiva submeter a avença ao crivo judicial.

De acordo com o estabelecido no número 5 do artigo sob análise, em caso de recusa de homologação, o acordo não surtirá efeitos e será devolvido às partes, que, no prazo de dez dias, poderão apresentar um novo acordo.

16.1 No sistema brasileiro de mediação o ato de homologação está inserido no retro citado parágrafo único, fine do artigo 20 da Lei 13.140/2015 c.c. o artigo 515, incisos II e III⁶² do Código de Processo Civil, nestas hipóteses serão reputados título executivo judicial, se dispensada a homologação considerar-se-á título executivo extrajudicial em combinação com o artigo 784, IV do CPC⁶³.

A atribuição de força executiva ao acordo obtido em mediação, em ambas as legislações objeto deste estudo, revela a preocupação dos respetivos legisladores em estimular o uso dos mecanismos alternativos de solução de litígios por conta das suas vantagens explícitas, traduzidas na celeridade, simplicidade e segurança que o referido procedimento oferece às partes sem a necessidade de judicialização direta.

16.2 Um aspeto que reputamos importante salientar é que o requerimento de homologação judicial afetará, por óbvio, o princípio da confidencialidade, na medida em que o acordo submetido ao Judiciário tornar-se-á público, diante disso, cremos que caberá aos envolvidos avaliar as desvantagens dessa publicidade.

17. O início do procedimento de Mediação:

O início do procedimento de mediação, segundo o disposto no artigo 16º, 1⁶⁴ da Lei n.º 29/2013, ocorre por meio de um contacto para agendar uma sessão de pré-mediação, entendemos que essa iniciativa pode partir de um dos interessados, ou de ambos ou até mesmo pelo juiz, conforme as prescrições do artigo 273º, n.º1 do Código de Processo Civil.

⁶² Artigo 515 – “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) II – a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III- a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”.

⁶³ Artigo 784- “São títulos executivos extrajudiciais: (...)

IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.”.

⁶⁴ 16º - Início do procedimento

1. O procedimento de mediação compreende um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador de conflitos explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento”

Nessa fase preliminar o mediador escolhido⁶⁵ informa a respeito da tramitação procedimental e os efeitos que decorrem deste meio de resolução extrajudicial de litígios, prosseguindo e estando as partes concordes sobrevem a assinatura de um protocolo de mediação⁶⁶, que é o momento efetivo de instauração da mediação. Neste ponto podemos perceber a incidência relevante do princípio da voluntariedade que conforma indelevelmente o instituto em pauta, na medida em que fica claro que o procedimento em questão só se inicia se as partes consentirem em assinar o citado protocolo. Esta inferência também decorre das disposições constantes dos números 2 e 4⁶⁷ do artigo 13º, que apontam a assinatura do protocolo como o ato inicial da mediação.

17.1 É importante destacar que ainda nessa fase de pré-mediação caberá ao mediador explicar aos interessados os objetivos da mediação, seus pormenores e critérios que regerão o procedimento, a voluntariedade que acompanhará todo o trâmite procedimental, inclusive a possibilidade de desistência das partes a qualquer tempo, as obrigações e direitos do mediador e dos mediados, lembrando que já nessa fase o profissional escolhido estará submetido aos deveres elencados no artigo 26º da Lei 29/2013⁶⁸

⁶⁵ Artigo 17º, n.1 – “Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos”

⁶⁶ n.º 2 – “O acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação”

⁶⁷ Artigo 13º (...)

4 – “Para os efeitos previstos nos números anteriores, é considerado o momento da prática do ato que inicia ou conclui o procedimento de mediação, respetivamente” (grifamos).

⁶⁸ Artigo 26º “O mediador de conflitos tem o dever de:

- a) Esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar;
- b) Abster-se de impor qualquer acordo aos mediados, bem como fazer promessas ou dar garantias acerca dos resultados do procedimento, devendo adotar um comportamento responsável e de franca colaboração com as partes;
- c) Assegurar-se de que os mediados têm legitimidade e possibilidade de intervir no procedimento de mediação, obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento e, caso seja necessário, falar separadamente com cada um;
- d) Garantir o carácter confidencial das informações que vier a receber no decurso da mediação;
- e) Sugerir aos mediados a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mesmos;
- f) Revelar aos intervenientes no procedimento qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua imparcialidade ou independência e não conduzir o procedimento nessas circunstâncias;
- g) Aceitar conduzir apenas procedimentos para os quais se sinta capacitado pessoal e tecnicamente, atuando de acordo com os princípios que norteiam a mediação e outras normas a que esteja sujeito;
- h) Zelar pela qualidade dos serviços prestados e pelo nível de formação e de qualificação;
- i) Agir com urbanidade, designadamente para com as partes, a entidade gestora dos sistemas públicos de mediação e os demais mediadores de conflitos;
- j) Não intervir em procedimentos de mediação que estejam a ser acompanhados por outro mediador de conflitos a não ser a seu pedido, nos casos de co-mediação, ou em casos devidamente fundamentados;

17.2 Os honorários do mediador e o artigo 16º da lei nº 29/2013:

A questão relativa aos honorários do mediador, disposta na alínea ‘h’, do artigo suprarreferido, deve ser sopesada em combinação com a prescrição do artigo 29º⁶⁹, de tal sorte que a fixação do valor ou valores a serem pagos pelas partes deverá ser estabelecida, em comum acordo entre elas, preferencialmente – embora a lei não preveja - num contrato de prestação de serviços logo na formalização do protocolo de mediação, para, desta forma, evitar-se dúvidas e/ou discussões posteriores relacionados à retribuição do profissional escolhido.

Pela importância das fases iniciais de mediação, transcreveremos a seguir, ao eventual leitor desta dissertação, as regras imperativas que regem a sequência de atos formais do indigitado procedimento, vejamos:

Artigo 16º - Início do procedimento

1- O procedimento de mediação compreende um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador de conflitos explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento.

2- O acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação.

3- O protocolo de mediação é assinado pelas partes e pelo mediador e dele devem constar:

Por outro lado, frisamos que em se tratando de mediação ocorrida nos sistemas públicos a remuneração será devida de acordo com as disposições do artigo 42º⁷⁰.

17.3 Pois bem, superada a sessão de pré-mediação dispõe o n.º 2 do artigo 16º que o acordo entabulado pelas partes que visa o prosseguimento da mediação será formalizado no respetivo ‘protocolo’, e tem início, desse modo, o mencionadíssimo procedimento a ser conduzido pelo mediador escolhido conforme reza o n.1 do artigo 17º⁷¹, vale recordar,

k) Atuar no respeito pelas normas éticas e deontológicas previstas na presente lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia”

⁶⁹Artigo 29º - “A remuneração do mediador de conflitos é acordada entre este e as partes, responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento.”

⁷⁰Artigo 42º - “A remuneração do mediador de conflitos no âmbito dos sistemas públicos de mediação é estabelecida nos termos previstos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema”.

⁷¹Artigo 17 n.º 1 – “Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos”.

ainda, que o referido protocolo provoca a suspensão automática dos prazos de caducidade ou de prescrição, a teor do disposto no artigo 13º, n.º2 antes mencionado.

No protocolo assinado pelas partes e pelo mediador destacamos a necessidade de se consignar as regras e demais critérios que balizarão a tramitação procedimental, além dos respetivos deveres e obrigações, especialmente a observância devida pelos participantes ao princípio da confidencialidade (alínea ‘d’), main line do procedimento de mediação, tudo nos termos do retro citado artigo 16º, números 1 a 3 e suas alíneas.

18. As disposições comuns do procedimento de mediação na lei brasileira:

No sistema brasileiro de mediação (Lei n.º 13.140/2015), as disposições comuns do procedimento estão disciplinadas nos artigos 14 a 20, e as prescrições são basicamente similares às da legislação lusa, e a primeira coincidência encontramos no artigo 14 que determina ao mediador logo no início da primeira reunião, sempre que entender necessário, advertir as partes acerca do sigilo sobre todas as informações produzidas no decorrer do procedimento, norma correspondente ao artigo 16º, n.º3, alínea ‘d’, da Lei 29/2013.

O artigo 15 da lei brasileira prevê a possibilidade de, a requerimento das partes ou do mediador com anuência daquelas, convocação de outros mediadores para atuar no mesmo procedimento, quando a questão conflituosa revelar-se complexa, hipótese que guarda correspondência com o preceito constante no artigo 17º, n.º1⁷² do ordenamento português.

No artigo 16 da Lei 13.140/2015 está prevista a suspensão processual do processo arbitral ou judicial em curso a pedido das partes ao juiz ou ao árbitro por prazo suficiente pra tentar-se a solução consensual do litígio, o §1º dispõe sobre a irrecorribilidade da decisão que suspende o processo, e o § 2º prescreve que mesmo durante a suspensão será possível a concessão de medidas urgentes pelo juiz ou árbitro; na lei portuguesa a previsão de suspensão da instância na mediação extrajudicial consta no artigo número 12º, nº4, e em fase judicial é regulada pelo retro citado artigo 273, n.ºs 1 a 5 do Código de Processo Civil lusitano.

Já o artigo 17 da Lei 13.140/2015 estabelece o dies a quo da mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião, e o seu parágrafo único prevê a suspensão do

⁷²Artigo 17º n.º 1 : “Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos”

prazo prescricional durante o procedimento. Na legislação portuguesa essas regras estão inscritas nos artigos números 16º, 2 e 13º, 2.

O artigo 18 da lei brasileira dispõe sobre a necessidade de anuência das partes para as reuniões posteriores após o início da mediação, e o artigo 19 estabelece o âmbito de atuação do mediador que poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, e pedir informações que julgar úteis para facilitar o entendimento dos contedores, previsões que também constam dos artigos 16º, n.º 3, 'f', e 26º, 'c' fine⁷³ da Lei 29/2013.

Por sua vez, o artigo 20 da Lei 13.140/2015 regula o encerramento do procedimento de mediação sobrevivendo a lavratura do seu termo final em decorrência de acordo ou quando não subsistirem mais justificativas para se continuar a busca do consenso, fato que deverá ser certificado pelo mediador ou por manifestação de qualquer das partes. No ordenamento lusitano a finalização da mediação ocorrerá nos termos do artigo 19º, em virtude dos seguintes fatos: com a celebração de acordo entre as partes; na hipótese de desistência de qualquer delas; por decisão fundamentada do mediador; no caso de se verificar a impossibilidade de obtenção de acordo e, derradeiramente, pelo exaurimento do prazo máximo de duração do procedimento, inclusive as suas eventuais prorrogações.

19. Análise crítica sobre o início da mediação extrajudicial previsto na lei 13.140/2015, e a obrigatoriedade de comparecimento à primeira reunião prevista no artigo 22:

Na ordem jurídica brasileira a mediação extrajudicial poderá ser iniciada por qualquer meio de comunicação que deverá estipular a proposta para a negociação, a data e o local da primeira reunião.⁷⁴ Caso a parte convidada não responda em até trinta dias presumir-se-á a sua rejeição, é o que se depreende do parágrafo único do artigo 21. O artigo 22 especifica os requisitos necessários da convenção de mediação, deve-se ressaltar que o seu inciso IV estabelece penalidade para a parte que não comparecer à primeira reunião, gravame sem correspondência com a lei lusa, a qual consagra plenamente a

⁷³Artigo 26º Deveres do mediador de conflitos (...)

“c) Assegurar-se de que os mediados têm legitimidade e possibilidade de intervir no procedimento de mediação, obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento e, caso seja necessário, falar separadamente com cada um”.

⁷⁴Artigo 21 “O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião”.

possibilidade de abandono da mediação em consonância com o princípio da voluntariedade estampado nos artigos números 2º, ‘a’ e 4, n.ºs 1 a 3.

19.1 Neste ponto o legislador brasileiro parece ter incorrido numa certa contradição, pois após ter consagrado de forma expressa o princípio da autonomia da vontade como alicerce fundamental da mediação, salvaguardando a liberdade das partes para escolherem a mediação como o mecanismo gerencial de seus conflitos, colocando-as na posição de protagonistas na gestão do litígio, a mesma legislação acaba por impor sanção pecuniária à parte que, convidada, não comparecer à primeira reunião, cujo ônus será o pagamento de cinquenta (50) por cento das custas e honorários sucumbenciais, caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Sem embargo dessa virtual dicotomia na regra sob comento, concluímos que ela acaba não se consumando, tendo em vista os termos do parágrafo 1º, do artigo 2º que preveem a hipótese das partes estipularem cláusula contratual de mediação, portanto, neste caso, naturalmente deverão cumprir o contratado e, assim, comparecer à primeira reunião. Ademais, na reunião inicial tomarão conhecimento sobre os critérios que balizarão a mediação, momento em que poderão desistir de prosseguir no procedimento, e assim preservar o princípio da autonomia da vontade elencado no já mencionado parágrafo 2º.

Em suma, convencionada a cláusula contratual de mediação, os mediados deverão obedecê-la e comparecer à primeira reunião, pois, a ausência implicará em penalidades.

Salientamos, ainda, que também caberá sanção nas hipóteses em que não houver previsão contratual completa⁷⁵ (artigo 22, §2º, IV), não obstante os termos da norma em questão, embora até possamos presumir que a mens legis referida teria sido uma espécie de incentivo à utilização dos ‘equivalentes jurisdicionais’, a partir do momento em que é imposto um prejuízo financeiro ao cidadão que não comparece à reunião inicial corre-se o risco de magoarmos o princípio da voluntariedade, no mínimo em duas das quatro dimensões identificadas pelos Senhores Professores Dulce Lopes e Afonso Patrão⁷⁶, a

⁷⁵Artigo 22 “A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: (...) §2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: (...)

IV – o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva escopo da mediação para a qual foi convidada”

⁷⁶Ob.cit. “Lei de Mediação Comentada”, p.28/29.

saber: liberdade de escolha da mediação para solução do conflito e a liberdade de abandono deste método.

19.2 Cláusulas contratuais de mediação extrajudicial:

Expostas as dúvidas a respeito da ambivalência legal das determinações constantes no supra citado parágrafo 2º, inciso IV, do artigo 22, passaremos agora a abordar as regras a serem seguidas na elaboração das cláusulas contratuais de mediação extrajudicial, estatuídas no artigo 22, I a IV, e parágrafos 1º e 2º, I a III, e 3º, da Lei 13.140/2015.

Segundo a norma referida a cláusula compromissória deverá conter, no mínimo, o prazo mínimo e máximo para a realização da reunião inicial de mediação, que começará a correr da data do recebimento do convite, o local da reunião, os critérios para escolha do mediador ou equipe de mediação, e a penalidade ao faltoso convidado à primeira reunião.

Este último requisito - IV: penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião⁷⁷ - revela, mais uma vez, a preocupação do legislador brasileiro em estimular a opção pelos métodos de solução de controvérsias não jurisdicionais, contudo, referida redação, tal qual a do criticado § 2º, IV, parece contraditória com a ratio legis da mediação por malferir a própria natureza precípua do instituto em pauta – a autonomia da vontade – que não obriga ninguém ‘...a permanecer em procedimento de mediação’⁷⁸.

19.3 Cumpre ressaltar, todavia, que, apesar das anteriores perquirições sobre a possível colisão entre a imposição de penalidades com o princípio da voluntariedade, não verificamos, à partida, contradição aparente entre as referidas ilações, pois, os interessados não são obrigados a participar de mediação, todavia, a partir do momento em que aceitam o convite para iniciá-la, nos termos dos artigos 21 a 23 da Lei 13.140/2015, presume-se que aderiram de forma livre e consciente a este método não judicial e as suas respectivas regras, portanto, conheciam previamente a hipótese de penalidades em caso de ausência inicial ao procedimento, de tal sorte que, verificando-se a livre manifestação das vontades externada sob os ditames legais, não se consumaria, salvo melhor juízo, violação ao princípio da participação facultativa consagrado no parágrafo 2º, do artigo 2º da citada lei.

⁷⁷ Artigo 22, da Lei 13.140/2015.

⁷⁸ Artigo 2º, §2º da Lei 13.140/2015

Destacamos, ainda, que na ordem jurídica lusa, o início da mediação e os termos da respetiva convenção encontram-se nas disposições do supra transcrito artigo 16º, n.ºs 1 a 3 da lei 29/2013, já abordadas no tópico n.ºs 17 a 17.3.

20. A escolha do Mediador e o dever de revelação antecipada de fatos, conforme artigo 17º da lei 29/2013:

Retornamos à Lei número 29/2013, ao seu artigo 17º que dispõe sobre a escolha do mediador (ou mediadores) pelas partes em comum acordo⁷⁹. Vale relembrar que se houver interesse em imprimir ao eventual acordo força executiva, sem necessidade de homologação judicial, os litigantes deverão valer-se de mediador inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 9º, n.º1, ‘e’ da lei referida, ou pedir a homologação judicial nos termos do artigo 14º, n.º1 da lei em questão.

A escolha da pessoa do mediador é a mais importante decisão dos mediados, tendo em vista que caberá a este terceiro – desprovido de poderes impositivos - a responsabilidade pela condução do processo de mediação sob a mais absoluta imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, cuja atuação, baseada na confiança das partes, deverá estar voltada para facilitar a interlocução entre elas, visar a superação voluntária de suas controvérsias e propiciar o restabelecimento do diálogo para, então, se tentar um acordo que, à partida, gere benefícios mútuos e, consequentemente, promova a convivência pacífica entre as pessoas.

20.1 Ressaltamos, por oportuno, o dever de revelação antecipada de todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas a respeito da imparcialidade e independência do mediador, previsto no número 2 do artigo 17º, regra que deverá ser interpretada em conjunto com o artigo 27º (impedimentos e escusa do mediador de conflitos).

De acordo com as prescrições em pauta, o mediador, antes de ser escolhido ou nomeado, deverá expor às partes eventuais interesses ou relacionamentos anteriores com alguma delas que possam comprometer sua atuação imparcial e independente, e possibilitar, dessa forma, que elas decidam se continuam ou não com o escolhido ou o designado. Oportunamente, fazemos remissão aos termos da anterior análise no item 6.2.

⁷⁹Artigo 17º - Escolha do mediador de conflitos

1. “Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos.”

2. “Antes de aceitar a sua escolha ou nomeação, o mediador de conflitos deve proceder à revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas sobre a sua imparcialidade e independência, nos termos previstos no artigo 27º”

Nos sistemas públicos de mediação os impedimentos e escusas do mediador de conflitos serão resolvidos nos termos do artigo 41º⁸⁰.

21. O Mediador na legislação brasileira, impedimentos e deveres:

No ordenamento brasileiro, o artigo 4º, da Lei 13.140/2015 reza que: “O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes”; sua atuação, tal qual a previsão legal lusitana, deverá ser pautada pela busca do entendimento e do consenso entre as partes, facilitando, assim, a resolução do conflito (§1º). “Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação”, conforme o parágrafo 2º, do citado artigo 4º. De outra banda, cumpre salientar que o artigo 25 preconiza que na mediação judicial os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, a contrario sensu da disposição contida no artigo 4º, de tal sorte que nesta hipótese a designação caberá ao Tribunal.

Antes de prosseguirmos discorrendo sobre a figura do mediador no contexto brasileiro, insta acentuar que o Novo Código de Processo Civil brasileiro considera-o um auxiliar da Justiça, de acordo com o artigo 149⁸¹, cujas funções são reguladas pelo parágrafo 3º, do artigo 165 do mesmo Códex, norma sem correspondência com a Lei nº 29/2013.

O artigo 5º impõe ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, tais limitações deverão ser interpretadas conforme os artigos 144 e 145 do novo Código de Processo Civil.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 5º prescreve ao mediador o dever de revelação às partes, antes da aceitação do encargo, de qualquer fato ou circunstância que possa colocar em risco a sua reputação de imparcialidade para mediar o conflito, ocasião em que poderá ser recusado por qualquer delas, regra essa coincidente com a legislação lusa conforme já exposto no tópico 2.1 desta investigação.

O artigo 6º estabelece o impedimento, pelo prazo de um ano, contado a partir da última audiência que o mediador atuou, para prestar assessoria, representar ou patrocinar qualquer das partes; nos termos do artigo 7º ele também não poderá funcionar como árbitro

⁸⁰ Artigo 41º “Sempre que se encontre numa das situações previstas no artigo 27º, o mediador de conflitos deve comunicar imediatamente esse facto também à entidade gestora do sistema público de mediação, a qual, nos casos em que seja necessário, procede, ouvidas as partes, à nomeação de novo mediador de conflitos”.

⁸¹ Artigo 149 “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o contabilista e o regulador de avarias”

ou ser testemunha em processos judiciais ou arbitrais relacionados ao conflito em que tenha prestado serviços, essas regras, no nosso ponto de vista, servem para resguardar a confiança intrínseca que as partes depositam no mediador na pressuposição de que alguns assuntos e informações debatidos no procedimento não serão divulgados ou utilizados como prova em processos judiciais ou arbitrais; tais restrições também são apropriadas para impedir eventual tentativa do mediador em prosperar clientes, pois em virtude do seu conhecimento das questões fáticas e demais dados obtidos no transcurso da mediação que participou, haveria a probabilidade de favorecimento a um dos mediados em prejuízo do outro.

O texto do artigo 8º equipara o mediador e todos os que o assessoram no procedimento, para fins da legislação penal e quando no exercício de suas funções, a servidores públicos.

21.1 A confiança como elemento necessário à atuação como Mediador:

O artigo 9º da lei n.º 13.140/2015 assegura o exercício de mediador extrajudicial a qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer o procedimento, independentemente de ser associada a qualquer tipo de conselho de classe, ou nele estar inscrita. É importante enfatizar que a confiança é a base para a escolha do mediador, e muito embora o dispositivo em questão aluda sobre a habilitação do terceiro, não especifica qual seria a capacitação mínima para tanto. A presente norma já foi abordada no tópico 8.1 desta dissertação, razão pela qual reiteramos aqueles termos.

Em continuação, discorreremos acerca do artigo 10º que possibilita às partes a assistência por advogados e defensores públicos, e a hipótese do seu parágrafo único (Caso uma das partes compareça acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas”).

Inferimos que a hipótese versada na norma em questão objetiva proporcionar às partes uma igualdade técnica, contudo, referida assistência deverá limitar-se ao assessoramento jurídico.

21.2 O comparecimento das partes ou sua representação, nos termos do artigo 18º da Lei lusa:

Por sua vez, o artigo 18º da Lei n.º 29/2013 prescreve que os litigantes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, e podem ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores, e também por outros

técnicos que entenda necessário ao bom desenvolvimento do procedimento de mediação, desde que não haja oposição da outra parte, uma vez que todos os intervenientes estarão sujeitos ao princípio da confidencialidade (regras constantes nos números 1 a 3 do artigo mencionado).

De acordo com o nº 1 da norma em pauta, verificamos que as partes, além de poderem comparecer pessoalmente, também podem fazer-se representar por terceiros nas sessões de mediação, bem como tem direito de participarem acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores, ainda que a outra parte dispense a companhia dos citados profissionais ou mesmo que discorde da interveniência deles.

A atuação dos aludidos profissionais é ampla e abrange o aspeto técnico e a assessoria das partes, inclusive a representação delas, hipótese que não guarda correspondência na lei brasileira que só permite a assessoria jurídica, como já exposto no item 21.1.

Relembremos, por oportuno, que não compete ao advogado, enquanto mediador, dar conselhos legais às partes, tal função não se insere nas previsões do já citado artigo 26º, alínea 'b'.

O número 2 do artigo em questão permite aos mediandos fazer-se acompanhar por outros técnicos cuja presença julguem necessária ao bom desenvolvimento do procedimento, desde que não haja oposição da outra parte. A presente regra diz respeito à possibilidade de participação de técnicos para subsidiarem os contendores em determinada questão, cuja complexidade dependa de uma opinião técnica especializada, qualificada e imparcial (conforme dicção de Dulce Lopes e Afonso Patrão⁸²). Ressaltamos, todavia, que a citada intervenção técnica dependerá do consenso de ambas as partes, a salvaguardar, desse modo, a imparcialidade desta interferência, inversamente do que verificamos com o disposto no número 1 do artigo em exame, que viabiliza a participação dos advogados, advogados estagiários ou solicitadores, independentemente da aquiescência da contraparte.

Por pertinência ao assunto em foco, fazemos referência também às disposições da alínea 'e' do artigo 26º, que autoriza os próprios mediadores proporem aos mediandos “ a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mesmos”.

⁸²Ob. cit. “A Lei da Mediação Comentada”, p.126

O dever de confidencialidade abrange todos os intervenientes no procedimento, nos termos do número 3 do artigo em pauta, em sintonia com o disposto no artigo 5º, e com a alínea ‘d’ do número 3 do artigo 16º, que obriga as partes e o mediador. Eventual transgressão ao dever de confidencialidade caracterizará, para efeitos penais, o crime de violação de segredo disposto no artigo 195º do Código Penal, in verbis:”Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.”, sem prejuízo da responsabilização civil pelos danos causados, conforme as prescrições do número 2 do artigo 8º, matéria já abordada nos itens 9 a 9.2 desta investigação.

22. Requisitos para exercer a função de Mediador, conforme artigo 11, da lei 13.140/2015; o Estatuto dos mediadores de conflito, regras sobre a sua formação, as entidades formadoras, seus direitos e deveres, impedimentos a teor dos artigos 24º a 27º da lei lusa:

Já o artigo 11 da legislação brasileira, transcrito no item 8.2 desta investigação, trata sobre os requisitos para atuação dos mediadores judiciais, a disciplinar, em síntese, a necessidade do terceiro ser graduado há pelo menos dois anos em curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação e que detenha competência obtida em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos Tribunais.

Pois bem, de acordo com as disposições do artigo em pauta, a primeira característica que envolve a atividade de mediação judicial é a ‘multidisciplinaridade’, razão pela qual, não é necessária graduação específica em determinada profissão; na realidade, como o instituto em questão envolve diversos aspetos – sociais, emocionais, legais, financeiros etc – a intervenção de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento será o caminho natural.

O segundo requisito da norma em comento, é o da capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores credenciados pela citada ENFAM ou pelos Tribunais, portanto, concluímos que a mediação judicial está reservada aos mediadores devidamente qualificados de acordo com as exigências previstas no indigitado artigo 11, e

reside exatamente aqui sua principal diferença com o procedimento extrajudicial, que coloca a confiança no mediador como o principal pressuposto desta modalidade.

23. Na Lei n.º 29/2013, artigo 23º, n.ºs 1, está definido o Estatuto dos mediadores de conflito e suas regras gerais, que alcança os profissionais que exercem seu mister em questões civis e comerciais em Portugal, bem como os que atuam junto aos sistemas públicos de mediação e demais segmentos que comportam a mediação.

O número 2 da norma em pauta prevê a hipótese da livre prestação de serviços, dispõe sobre os direitos e obrigações que assistem e vinculam os mediadores que atuarem nessa modalidade, que poderá suceder de forma ocasional e/ou esporádica, neste caso, não há previsão de qualificação específica do mediador, no entanto, cabe ressaltar que os respectivos profissionais estarão jungidos àqueles princípios constantes nos artigos 5º a 8º - excetuando-se o da excoercedade que só é conferido aos mediadores inscritos na lista do Ministério da Justiça (artigo 9º, n.º1, 'e') - aos artigos 16º a 22º que regulam o procedimento de mediação, e às disposições dos artigos 25º a 29º que estabelecem os direitos, deveres, impedimentos e remuneração.

24. Na sequência abordaremos o artigo 24º que versa sobre a formação e entidades formadoras do exercício de mediador.

O número 1 estabelece que a formação específica exigirá frequência e aproveitamento em cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo Ministério da Justiça, por outro lado, dispõe o número 5 da norma referida que os cursos de formação ofertados por entidades não credenciadas naquele órgão público não proporcionam formação regulamentada para o exercício de mediador. Este preceito tem o condão de reafirmar o 'plus' conferido ao mediador graduado por entidade certificada, na medida em que sua participação em acordo de mediação imprimirá força executiva plena às indigitadas avenças.

25. Os artigos 25º e 26º da lei lusa, prescrevem os direitos e deveres dos mediadores respetivamente. A alínea 'a' do artigo 25º destaca a autonomia ampla que acompanha o exercício da indigitada função, traduzida na liberdade para organizar os métodos de condução do procedimento e das sessões de mediação, com observância da lei e submissão às normas éticas e deontológicas; na alínea 'b' consta o direito a remuneração pelos serviços prestados.

A alínea ‘c’, em sintonia com a garantia de autonomia no exercício da citada atividade, prevê a possibilidade de invocação da qualidade de mediador de conflitos em promover a mediação, com divulgação de obras e/ou estudos, com respeito pelo dever de confidencialidade; por sua vez, na alínea ‘d’ encontramos a faculdade conferida ao mediador para requisitar à entidade gestora, no âmbito dos sistemas público de mediação, os meios e as condições adequadas de trabalho que promovam o respeito pela ética e deontologia. Na alínea ‘e’ está prevista a possibilidade de recusa de tarefa ou função que o mediador julgue incompatível com o seu título e com os seus direitos e deveres, ou seja, estará liberado para não aceitar trabalhos superiores às suas capacitações e também naqueles casos que sejam incompatíveis com a sua integridade profissional.

No nosso sentir, todas essas faculdades outorgadas ao mediador objetivam dar-lhe condições para desempenhar sua função com a autonomia necessária para levar a bom termo a mediação a que foi indicado ou escolhido, cumprindo seu mister de forma digna com respeito à lei, à ética e à deontologia própria da função, e ser remunerado pelos serviços prestados, com a garantia de poder valer-se das prerrogativas da atividade para desenvolver um procedimento de qualidade.

Asseveramos, ainda, que os direitos em pauta são extensíveis aos mediadores que atuam perante os sistemas públicos de mediação.

26. O artigo 26º da Lei n.º 29/2013 elenca as obrigações a que se submete o mediador de conflitos.

Esse catálogo de deveres éticos, procedimentais e legais que regulam a atividade do mediador, se confunde com os princípios que regem o procedimento de mediação, os quais já foram analisados ao longo desta investigação, todavia, podemos reiterá-los a relembrar, conforme a conceção dos invocados e ilustríssimos Senhores Professores Dulce Lopes e Afonso Patrão exposta no seu livro “Lei de Mediação Comentada” (pág.158/159), que a conduta do mediador deve ser pautada pela imparcialidade e independência no curso do procedimento, com neutralidade e sem vinculações com as partes, sem favoritismos, preferência ou preconceito, enfim, sem privilegiar ou preterir indiscriminadamente os interesses em jogo, e viabilizar, assim, que o consenso perseguido seja o mais adequado à solução do conflito, e não vantagem indevida de uma parte sobre a outra.

Ainda seguindo a aglutinação de deveres proposta pelos citados juristas, encontramos o da cooperação, o qual, no nosso ponto de vista, se traduz na boa-fé que o

mediador deve dispensar no relacionamento com os mediados, a dirimir dúvidas e recalitrâncias que surgirem no transcorrer do procedimento, a colaborar com as partes na busca de solução razoável que atenda às suas expectativas.

O terceiro grupo de deveres diz respeito à atuação responsável do mediador, que corresponde à sua capacitação profissional para mediar as controvérsias que lhe sejam submetidas, de tal sorte que ele estará sujeito a um imperativo ético de só aceitar a mediação se contar com as competências técnicas e/ou acadêmicas suficientes e adequadas para conduzir, de forma objetiva, o procedimento. As obrigações em pauta são derivadas do princípio da competência e da responsabilidade previsto no artigo 8º, conjugado com aquelas dos artigos 17º, n.º2, 26º e 27º, todos da Lei número 29/2013.

O quarto traço distintivo é a idoneidade que o mediador deverá imprimir no respetivo procedimento, e isso implica em dispensar tratamento adequado às partes e demais intervenientes na mediação, com observância dos imperativos éticos e deontológicos que regem a atividade; pedimos vênia para acrescentar que, no nosso ponto de vista, a idoneidade idealizada também corresponde a uma condução procedimental isenta de dolo e/ou culpa, e que respeite os preceitos de confidencialidade e neutralidade.

Deixaremos de examinar mais detidamente a alínea ‘k’ do artigo 26º que faz remissão ao ‘Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia’, face a não correspondência desse dispositivo com a lei brasileira de mediação, no entanto, numa breve referência, registramos que a mencionada norma impõe ao mediador obediência às regras éticas e deontológicas prescritas no indigitado Código Europeu, e isso implica que a sua performance, além de todos os deveres especificados nas alíneas anteriores (‘a’ a ‘j’), necessariamente também deverá observar as tais normas europeias.

27. Na sequência examinaremos o artigo 27º da Lei 29/2013 que trata das hipóteses de impedimentos e escusa do mediador de conflitos.

27.1 Os números 1 e 2 do citado artigo estabelecem que o mediador deverá, antes de assumir o respetivo encargo ou mesmo durante o transcorrer do procedimento, revelar alguma ou algumas circunstâncias que possam colocar em dúvida sua independência, imparcialidade e isenção para a condução da mediação, obrigação essa prevista logo no momento de sua escolha ou nomeação conforme o nº 2, do artigo 17º, e reforçada na alínea ‘f’ do artigo 26º. Por pertinência ao assunto em pauta, reiteramos as anteriores ilações expostas no tópico 6.2 desta.

Caso haja razões de ordem legal, ética ou deontológica que constriam o mediador de conflitos, ele poderá recusar ou se escusar da missão de acordo com os termos do número 3 do artigo 27º, a recusa será permitida antes de se iniciar o procedimento e a escusa terá lugar caso o mesmo já esteja em curso.

O número 4 do artigo em questão explicita que as hipóteses sobre uma atual ou prévia relação familiar ou pessoal com uma das partes, de um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação, ou, uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes, são consideradas circunstâncias relevantes, para efeito dos números anteriores, que sujeitam o mediador a revelá-las e, conseqüentemente, razões preliminares para recusar sua escolha e/ou nomeação, e caso o mencionado procedimento já estiver acontecendo deverá interrompê-lo e apresentar sua escusa.

O número 5 versa sobre outros fatores não imbricados ao dever precípua de revelação, ou seja, são aquelas hipóteses que não envolvem a questão ligada à imparcialidade ou à independência do mediador, expostas nos números anteriores do artigo sob exame, assim, quando ele considere que, em decorrência do número de procedimentos sob sua responsabilidade ou devido a outros compromissos profissionais assumidos, não conseguirá concluir a mediação em tempo útil, ser-lhe-á facultado recusar a sua escolha ou nomeação ao aludido procedimento.

27.2 As hipóteses de impedimento, semelhanças e diferenças nas legislações lusa e brasileira:

Expostos, no nosso sentir, os principais itens a respeito dos impedimentos e escusa do mediador constantes no presente artigo 27º, podemos concluir que as normas em questão guardam consonância com as do ordenamento jurídico brasileiro, em especial com as limitações expressas nos artigos 5º, 6º e 7º da Lei 13.140/2015, já referenciadas nos itens 5.2, 6, 6.3 e 21, inclusive a norma prevista no artigo 8º da lei referida vai mais além da legislação lusa, pois equiparara a função de mediador à de servidor público para os efeitos da legislação penal e isto implica que, no caso de eventual conduta lesiva aos interesses das partes, ele responderá por crimes contra a administração pública (artigos 312 a 327 do Código Penal brasileiro), sem prejuízo da responsabilidade civil regulada pela legislação comum.

Outra restrição interessante, sem correspondência na Lei 29/2013, é aquela constante no artigo 6º da lei brasileira, que impõe ‘quarentena’ de um ano ao mediador

para assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes dos casos que tenha participado.

27.3 Depreende-se das razões supra referidas que o mediador deverá praticar uma espécie de autoquestionamento antes de aceitar a condução do procedimento e recusar a incumbência se defrontar-se com as citadas circunstâncias relevantes, ou, ainda, no caso de se escusar por motivo superveniente ao início da mediação, não obstante, salientamos que essas deliberações de foro íntimo não serão toleradas sem uma razão que as justifique de forma categórica e indene de dúvidas.

28. O artigo 28º da Lei 29/2013 trata das questões de impedimento resultantes do princípio da confidencialidade, tema coincidente com as disposições do artigo 7º da lei brasileira de mediação.

Em ambos os casos a regra da confidencialidade alcança todos os intervenientes no procedimento de mediação, de tal sorte que eles deverão manter o sigilo sobre todas as informações que conheceram no decorrer do procedimento, e ainda que estejam perante um tribunal estatal ou tribunal arbitral deverão manter segredo sobre os fatos e informações conhecidas durante as sessões de mediação, a teor dos artigos 5º, n.ºs 1 e 4 da lei lusa e caput do n.º 30 e seu parágrafo 1º, I a IV da lei brasileira, já transcritos e abordados anteriormente nos itens n.ºs 4 a 4.3 e 5.1 da presente investigação.

Tal qual a regra constante no citado artigo 7º da lei 13.140/2015, a norma em análise veda a atuação do mediador como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto da mediação, salvo nas hipóteses previstas no número 3 do artigo 5º da lei 29/2013.

28.1 Asseveramos, por oportuno, que no contexto brasileiro o princípio da confidencialidade também se materializa no artigo 30, parágrafo 2º, o qual prescreve a inadmissão para fins probatórios em processo judicial e/ou arbitral, de documentos apresentados em desacordo com as situações previstas no seu parágrafo 1º, I a IV, in verbis:

“Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1o O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: (...)

§ 2o A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.”

29. A remuneração do Mediador nos contextos jurídicos luso-brasileiro:

O artigo 29º da lei 29/2013 estipula que a remuneração do mediador de conflitos será ajustada em comum acordo das partes, responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento, matéria já abordada no tópico 17.2 deste estudo para o qual fazemos remissão.

Acrescentamos, todavia, que as condições dessa contratação e as formas de pagamento dos honorários serão questões a serem negociadas livremente entre os interessados, sendo que o critério geral é o da repartição igualitária dessa despesa entre as partes, as quais, todavia, podem combinar de outra forma. Alguns indicativos úteis para aferição do valor em questão serão as regras do mercado desses profissionais, e demais circunstâncias do caso como, por exemplo, a qualificação técnica ou acadêmica do mediador, a quantidade de mediados envolvidos no procedimento, o grau de complexidade (multidisciplinaridade) da matéria conflituosa etc.

Relembramos que nos sistemas públicos a remuneração do mediador está prevista no já citado artigo 42º da lei lusitana.

30. No contexto brasileiro só há previsão expressa sobre a remuneração devida aos mediadores judiciais, é o que constatamos pelos termos do artigo 13, diante disso, podemos deduzir que essa modalidade de mediação corresponderá a um serviço judicial disponibilizado pelo Poder Judiciário, custeado pelas partes.

A indigitada retribuição pecuniária será “prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça”⁸³, esta diretriz também emana do parágrafo 5º⁸⁴, do artigo 12 da Resolução n.º 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

⁸³ Artigo 169, caput, do Código de Processo Civil (brasileiro).

⁸⁴ § 5º “Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, o conciliador e o mediador receberão, pelo seu trabalho, remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme

Na legislação brasileira, na modalidade mediação extrajudicial, não há regulamentação sobre os honorários devidos, diante disso, inferimos que por força do princípio da autonomia da vontade - tipicamente de natureza privada - as partes poderão ajustar livremente, da forma que melhor lhes convier, as condições contratuais que regerão a indigitada prestação de serviços de mediação, e é da sabença geral que, em se tratando de prestação de serviços, a remuneração constitui elemento fundamental desse tipo de contrato.

31. Menção às regras gerais sobre a autocomposição nos conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, previstas nos artigos 32 a 40 da lei 13.140/2015:

Na legislação brasileira o Capítulo II, Seção I, artigos números 32 a 34, regram a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito público, enquanto que os artigos 35 a 40 regulam os conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações, contudo, como já explicitado logo no início do Resumo desta dissertação, tais matérias não serão abordadas, tendo em vista que o objetivo principal desta investigação é a comparação, de forma sintética, das convergências lineares do instituto da mediação extrajudicial (privada) no contexto jurídico luso-brasileiro.

Da mesma forma, também não será objeto deste estudo o Capítulo V, seções I a III, artigos números 30º a 44º da Lei n.º 29/2013, que versam sobre as normas relativas ao sistema público de mediação em Portugal.

31.1 Disposições complementares e finais da Lei 29/2013:

No que tange às disposições complementares e finais da Lei n.º 29/2013, dispostas nos artigos 45º a 48º, podemos dizer que a norma prevista no artigo 45º - mediação e suspensão da instância - regula a homologação de acordo celebrado na pendência de processo judicial, nas hipóteses previstas nos números 1 a 5, do artigo 273º do Código de Processo Civil (transcrito no tópico nº 12).

Inferimos que a regra em questão alcança as mediações desenvolvidas nos sistemas públicos e também na modalidade privada, também deduzimos que as disposições contidas nos citados números 1 a 4 referem-se às circunstâncias que viabilizam a suspensão da instância com a remessa do processo à mediação, essa alternativa pode ser determinada

parâmetros estabelecidos pela Comissão Permanente de acesso à Justiça e Cidadania ad referendum do plenário”

pelo juiz (n.º1) ou ajustada conjuntamente pelas partes (n.º 2) por um prazo máximo de três meses (conforme n.º 4 do artigo 272º do CPC), neste caso a referida suspensão da instância efetiva-se automaticamente sem necessidade despacho judicial mediante mera comunicação de qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação (nº3). Vale salientar que dos termos do artigo 273º não se extrai alguma imposição para que as partes celebrem acordo. Caso não haja consenso, caberá ao mediador informar o resultado infrutífero da mediação ao tribunal, preferencialmente por via eletrônica, o que cessa automaticamente e sem qualquer intervenção do juiz ou da secretaria, a suspensão da instância (nº 4). Celebrado acordo, o mesmo é remetido ao tribunal, preferencialmente por via eletrônica, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação (nº 5).

32. Considerações sobre a mediação de conflitos coletivos de trabalho (artigo 46º da Lei 29/2013), e a aplicação do direito subsidiário previsto no 47º:

O artigo 46º estabelece a aplicação da Lei nº 29/2013 aos conflitos coletivos de trabalho, apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526º a 528º do Código de Trabalho. Por se tratar de um tema que envolve certas especificidades da legislação laboral lusitana, optamos por destacar suas singularidades próprias de acordo com o entendimento dos ilustres Professores Dulce Lopes e Afonso Patrão⁸⁵, que preconizam a possibilidade da mediação suceder em qualquer lugar ou momento, por acordo das partes ou, por iniciativa de uma delas, mediante comunicação escrita à outra; o procedimento é realizado por mediador nomeado pelo serviço competente do Ministério responsável pela área laboral; as partes poderão comparecer às reuniões convocadas, e as respetivas entidades sindicais e associativas dos interessados que não se façam representar cometem contraordenação grave; o mediador deverá elaborar proposta de acordo que remeterá às partes em 30 dias a contar de sua nomeação, por sua vez, o dever de sigilo só envolve o mediador, no que se refere às informações recebidas no decurso do procedimento que não sejam conhecidas da outra parte.

33. Encontramos no artigo 47º da Lei nº 29/2013 a menção à aplicação do direito subsidiário previsto nos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, em tudo aquilo que não for regulado pela citada lei.

⁸⁵Ob. cit. “Lei de Mediação Comentada”, p.214 e 215.

Confessamos certa perplexidade com a mens legislatoris e o alcance dessa norma, de tal sorte que para evitar incorrer em equívocos acadêmicos indesejáveis, preferimos, novamente, invocar o escólio seguro dos Professores Dulce Lopes e Afonso Patrão⁸⁶, que embora também critiquem a redação do dispositivo em questão, acabam concluindo, de forma lógica, que: “A presente disposição parece ter, no entanto, uma função prospectiva clara: a de sujeitar a constituição de futuros sistemas públicos de mediação às disposições previstas na presente Lei, constituindo, assim, este diploma o repositório das opções que dão uma unidade de sentido às várias hipóteses de mediação”, raciocínio ao qual nos filiamos.

34. O artigo 48º prescreve que no prazo de três meses o Governo regularia um mecanismo legal de fiscalização do exercício da atividade da mediação privada, matéria que não apresenta interesse maior para esta investigação, de todo modo, podemos deduzir que a regulamentação pretendida pela norma em pauta pressupõe a criação de um sistema de controlo da função de mediador de conflitos, entretanto, até a presente data não dispomos de informação a respeito da instituição do propalado mecanismo legal de fiscalização em Portugal, razão pela qual deixaremos de prosseguir neste assunto.

35. Críticas a restrição de aplicação da Lei 13.140/2015 às relações de trabalho e demais regulações correlatas:

Derradeiramente, e retornando à legislação brasileira (lei 13.140/2015), julgamos necessário abordar o parágrafo único, do artigo 42, nas disposições finais, que exclui a possibilidade de aplicação da lei de mediação nas relações de trabalho, que será objeto de lei específica.

Sem embargo dessa questionável restrição, é fato que a mesma acabou sutilmente superada pela própria justiça especializada, a qual, em virtude da já mencionada Resolução 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça e do advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), houve por bem regular recentemente o procedimento judicial de mediação, por meio da Resolução número 174, de 30/09/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas, cujo objetivo primordial é a necessária e imprescindível ‘pacificação social’, expressa nos termos do seu artigo 4º: “O CSJT

⁸⁶Idem, p.215 e 216.

organizará programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação”.

A Resolução referida conceitua a mediação nos seguintes termos: “ ...é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio’ .

Pois bem, verifica-se que o sentido da norma em questão coincide com os pressupostos gerais da Lei da Mediação (nº 13.140/2015), todavia, no âmbito da mencionada Resolução, só haverá lugar para a mediação judicial quando a lide já estiver instaurada, as sessões serão realizadas na presença e sob fiscalização do juiz, que poderá atuar como conciliador ou mediador e, ainda, supervisionar as atividades dos demais intervenientes – na condição de conciliadores e/ou mediadores – os quais serão sempre servidores públicos ativos ou inativos ou magistrados togados ou aposentados (artigo 6º, § 1º).

O parágrafo 8º veda a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho, e o artigo 7º, § 6º, estipula que as conciliações e mediações processadas no Judiciário trabalhista somente terão validade nas hipóteses previstas na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943), aí incluída a homologação pelo magistrado que supervisionou a audiência, sendo inaplicáveis as disposições referentes às Câmaras Privadas de Mediação e as normas relativas à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual previstas no Novo Código de Processo Civil!

Essas restrições sofreram críticas da doutrina nacional - no nosso sentir procedentes – como por exemplo aquela lançada pela Senhora Professora Michele Paumgarten⁸⁷, nestes termos: “A restrição à prática da mediação nas relações trabalhistas que se observou durante a tramitação da Lei da Mediação segue na contramão da política judiciária atual. A Justiça do Trabalho sofre com um persistente e prejudicial desvirtuamento do seu princípio conciliatório e apaziguador e a mediação pode ser uma ferramenta útil para resolver eficazmente uma série de conflitos nesta área”.

⁸⁷Ob. cit. “O Marco Legal da Mediação no Brasil”, Hale, Pinho e Cabral, p. 251.

36. Na nossa concepção a redação dos artigos citados da indigitada Resolução representa um contrassenso social e jurídico, por estar na contramão da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, promulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução 125/2010), órgão máximo de controle administrativo e financeiro do Judiciário brasileiro (artigo 103-B, § 4º da Constituição Federal), cujas atribuições compreendem, dentre outras, o planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias e a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social. A partir do momento em que a aludida Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho propõe política pública que exceciona a possibilidade das partes optarem pela modalidade de mediação extrajudicial para resolução de conflitos de origem laboral - em clara dissonância com a proposição do Conselho Nacional de Justiça que não restringe tal alternativa – estaremos, no mínimo, diante de um inegável retrocesso oriundo de uma restrição indevida à autonomia e participação ativa das partes, que são princípios fundamentais da lei de mediação (artigo 2º, V), e que compreendem a possibilidade conferida aos interessados de escolher livremente o procedimento que melhor lhes convier, sem esquecer que a vedação sob comento inibe a propagação dos outros reflexos benéficos que o procedimento de mediação, judicial ou privada, propicia, notadamente a redução da excessiva judicialização dos conflitos.

Por oportuno, julgamos conveniente transcrever as mencionadas atribuições constitucionais do Conselho Nacional de Justiça, dispostas no artigo 103-B, § 4º, I da Carta Magna do Brasil, vejamos:

“§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) ”.

Enfim, parece-nos que essas interferências revelam um tipo de protagonismo do Judiciário que poderá gerar efeitos contrários aos perseguidos pela lei da mediação, pois é evidente que tais regulações estatais, ao invés de estimular as pessoas a recorrerem aos mecanismos de resolução apropriada de disputas para que, dessa forma, resolvam

consensual e amigavelmente seus próprios conflitos, acabam na realidade induzindo a judicialização da mediação, desconsiderando o fato notório de que o Estado falhou na sua missão de pacificação social em virtude de várias razões, pode-se exemplificar, dentre outras, a sobrecarga dos tribunais, os custos elevados com as ações judiciais, a demora na solução das lides além do excessivo formalismo processual.

37.A opção investigativa centrada na mediação extrajudicial:

Esclarecemos que a nossa opção investigativa centrada no procedimento de mediação extrajudicial deve-se, inicialmente, a constatação de que esta modalidade poderá ser de grande utilidade à sociedade, por tratar-se de um método autocompositivo eficaz para evitar que a controvérsia desague diretamente no Judiciário, cujo efeito indesejável é insuflar a discórdia social o que afeta ainda mais a coexistência pacífica dos cidadãos; em segundo lugar, destacamos também o fato que o mecanismo em questão traz consigo a perspectiva de servir como alternativa concreta para o enfrentamento da atual e resiliente crise da Justiça - alimentada pela incessante avalanche processual que grassa diuturnamente nos Tribunais – de tal sorte que a escolha do indigitado procedimento privado, indubitavelmente, contribuirá para a redução do número de processos judiciais.

A propósito, vale à pena transcrever as ponderações de Flávia Pereira Hill, Gabriela Assmar, Vítor Lopes e Viviam Gama⁸⁸, a respeito da superioridade deste método extrajudicial sobre o judicial, confira-se: “ (...) A mediação extrajudicial foi o caminho mais eficaz encontrado por alguns países para evitar o caos processual e social. Por extrajudicial entende-se a mediação privada na qual as partes tentem uma solução consensual, antes de recorrer a um método adversarial e vinculante (judiciário ou arbitral), podendo, ou não, ser regulamentada por lei. (...) Outra reflexão pertinente é sobre o objetivo de desafogar o Judiciário. Como conseguir um resultado diferente do atual se a lei atribuir mais uma função (mediação dentro do Judiciário) à mesma estrutura sobrecarregada? Exatamente para alcançar objetivo de um Judiciário mais eficiente e ágil, resolvendo com presteza os problemas jurídicos, os países onde a mediação é uma realidade legislaram para manterem-na fora dos Tribunais. O litígio judicializado deve, portanto, ser a última opção; não o primeiro passo rumo à pacificação”.

⁸⁸Ob. cit. “O Marco Legal da Mediação no Brasil – Hale, Pinho e Cabral, p. 152 e 154.

38. As conexões principiológicas verificadas nos ordenamentos português e brasileiro:

Apresentadas as principais conexões principiológicas do instituto da mediação no contexto jurídico luso-brasileiro, passaremos agora às considerações finais a destacar, sinteticamente, os seguintes aspetos comuns:

a) a mediação, em ambas as legislações, é classificada como ‘meios alternativos de resolução de litígios’ (RAL), ou ‘meios extrajudiciais de resolução de conflitos’ (MERC), a expressão “resolução adequada de disputas” também reflete seus objetivos centralizados na busca pelo consenso, no restabelecimento do diálogo entre os litigantes, na paz ou apenas em um acordo;

b) é um processo autocompositivo dos conflitos, cujo controlo e decisões cabe às próprias partes, assistidas por um terceiro imparcial que as auxilia na tentativa de uma solução;

c) a mediação é um instrumento de gestão de conflitos, inclusive para evitar o risco processual ;

d) suas características intrínsecas são a confidencialidade do procedimento, a preservação dos relacionamentos, a voluntariedade da participação das partes, maior flexibilidade procedimental, preocupação com a humanização e sensibilização dos interessados, maior celeridade e menores custos e/ou despesas operacionais;

e) o princípio da voluntariedade (autonomia da vontade das partes), presente em ambos os ordenamentos, é um dos alicerces deste método de resolução de litígios, na medida em que só o consentimento dos interessados possibilita a instauração da mediação, ou seja, não cabe mediação pré-processual obrigatória;

f) a confidencialidade é considerada condição básica da mediação, só pode ser relevada diante das especificidades próprias das leis em questão;

g) os princípios da igualdade e da imparcialidade balizam a conduta do mediador, que deverá manter-se equidistante dos interesses das partes e dispensar tratamento isonômico às suas reivindicações e direitos;

h) a independência do mediador também é premissa comum nas citadas leis, e reside na sua atuação livre de pressões internas ou externas;

i) a busca pelo consenso é outra marca característica das leis em pauta, direcionada para levar as partes a um acordo conforme as suas expectativas;

j) a boa-fé – standard jurídico - que deve permear todo o envolvimento das partes no decurso da mediação, consiste, basicamente, no respeito à contraparte e na colaboração responsável com vistas à solução consensual e amigável do conflito;

l) a eficácia da cláusula contratual de mediação (artigo 2º, §1º, lei 13.140/2015), na lei lusa rotulada como convenção de mediação (artigo 12º), é outra convergência entre as legislações analisadas, fundada na autonomia privada das partes, que deverão, desse modo, cumprir o contratado;

m) as legislações investigadas consagram o princípio do acesso à justiça, conforme se depreende do artigo 20 da Constituição da República Portuguesa e artigos 5º, XXXV da Constituição do Brasil e 3º do Novo Código de Processo Civil;

n) os mecanismos não adjudicatórios de gestão de conflitos, não são meios alternativos nem substitutivos à adjudicação, tampouco à jurisdição, mas complementares ao sistema judicial.

CONCLUSÕES:

Cremos serem essas as premissas mais relevantes nos contexto jurídicos luso-brasileiro, sua noção comum é de que o procedimento será conduzido por terceiro imparcial, que goze da confiança das partes, desprovido de poder decisório, e detentor de capacidades suficientes para auxiliar, facilitar e incentivar os envolvidos a solucionarem voluntariamente a controvérsia da forma que melhor atenda seus interesses. O objetivo das legislações em pauta não é só resolver a crise de eficácia da justiça, alimentada pelo crescente e contínuo acervo processual dos tribunais, mas, primordialmente, disponibilizar aos interessados um tratamento adequado aos seus conflitos de interesses.

No fechamento desta investigação podemos concluir que a mediação em Portugal e no Brasil é um mecanismo de gestão de conflitos e disputas que objetiva precipuamente assegurar uma nova forma de acesso à Justiça, não se tratando de uma alternativa ou de substituição à adjudicação nem a jurisdição.

Entendemos que a eficácia – nos dois países – do indigitado instrumento dependerá das políticas públicas complementares que não objetivem, a qualquer custo, a redução da demanda processual em tramitação no Judiciário, mas sim que tenham como norte a transformação das relações comunitárias que propiciem à pacificação social que, provavelmente, advirá da disponibilização desse novo espaço de autocomposição aos cidadãos, cujo controle do procedimento e do seu resultado caberá aos próprios interessados.

No atual contexto cremos que a probabilidade de êxito desse meio extrajudicial de resolução de conflitos é maior em Portugal, tendo em vista tratar-se de uma política legislativa emanada da União Européia de abrangência transfronteiriça, circunstância que poderá incentivar a aplicação do procedimento em questão no âmbito interno. Ademais, percebemos em Portugal uma capilaridade mais densificada no que tange à organização dos sistemas públicos de mediação por conta das disposições previstas na Lei nº 29/2013 (artigos 30º e seguintes), nos Julgados de Paz, Lei nº 78/2001 alterada pela Lei nº 54/2013 e nos centros de resolução de conflitos de consumo (Lei nº 144/2015), além da forte presença das entidades que prestam serviços de mediação privada (ad-hoc) e, obviamente, essa diversidade de sistemas proporcionará maiores opções aos cidadãos para recorrerem à mediação.

Por outro lado, é fato que a utilização deste método de resolução extrajudicial de conflitos enfrentará a difícil superação da “cultura da litigância”, incrustada na sociedade contemporânea, e essa pedra no caminho conjugada a falta de um impulso prévio à mediação representam obstáculos significativos a serem transpostos para facilitar a popularização do indigitado instrumento, entretanto, parece-nos que a realidade tem demonstrado que a judicialização exacerbada e a demora no encerramento dos processos não condiz mais com o senso de justiça reclamado pela sociedade, e esta é uma das razões – além do desgaste emocional e financeiro dos envolvidos no conflito - que poderão ajudar a transformar a visão da sociedade em relação aos benefícios derivados da opção ao procedimento de mediação.

No Direito Brasileiro as perspectivas são mais complexas, os obstáculos vão desde a arraigada e secular “cultura da litigância” no lugar da cultura da pacificação, à própria mentalidade dos operadores do Direito e dos cidadãos que ainda enxergam na sentença proferida pelo Poder Judiciário a solução mais segura do litígio e relegam a segundo plano o fato de que o aludido método consensual traduz a solução mais adequada à resolução das controvérsias, em virtude das vantagens já mencionadas.

Para encerrar, concluímos que em ambas as legislações estudadas detetamos um deficit de efetividade relacionado a falta de previsão legal de uma etapa, ou impulso, prévia de mediação, sem desconsiderar o princípio básico da voluntariedade que permeia referidas leis e o da inafastabilidade da jurisdição, que não serão afetados pois a opção à via judicial continuará disponível no caso de insucesso na mediação, todavia, a imposição dessa etapa prévia – como requisito indispensável à propositura da ação - onde as partes deveriam demonstrar ao Juízo que tentaram se compor é factível e, inclusive, já encontra eco no NCPC como se verifica no artigo 139, V, verbis: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”; no ordenamento luso também já existe essa previsão de acordo com os termos do artigo 15º da Lei nº 23/96 (alterada pela Lei nº 10/2013), aliás a citada Diretiva 2008/52 CE também consagra a hipótese versada em seu artigo 3º, portanto, o invocado filtro anterior à judicialização, como condição de procedibilidade, inegavelmente serviria para reequilibrar o sistema de justiça tradicional disponibilizado às partes e, dessa forma, racionalizaria a

prestação jurisdicional evitando o recurso desmesurado ao Poder Judiciário em Portugal e no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

Azevedo, André Gomma de (Org.), “Manual de Mediação Judicial”, 5ª edição (Brasília/DF:CNJ), 2015, ISBN 978-85-7804-053-6.

Garcia, Maria Olinda, “Gestão Contratual do Risco Processual A Mediação na Resolução de Conflitos em Direito Civil e Comercial”, workshop-Coordenação Antônio Pinto Monteiro, Instituto Jurídico/FDUC, novembro-2015, Coimbra, pág. 167/190, ij.fd.uc.pt/publicações_grupo3_001.html

Hale, Durval et aliii, “O Marco Legal da Mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015”, São Paulo, Editora Atlas, 2016, ISBN 978-85-970-0292-8.

Lopes, Dulce e Afonso Patrão, “Lei da Mediação Comentada”, Coimbra, Edições Almedina, 2014, ISBN 978-972-40-5442-1.

Marques, João Paulo Remédio, “Acção Declarativa à Luz do Código Revisto”, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Maximiliano, Carlos, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 16ª edição, Rio de Janeiro Editora Forense, 1997, pág.216.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina de, e Michele Pedrosa Paumgarten, “A Mediação no Novo Código de Processo Civil”, Coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida et aliii, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016.

Resolução nº 125 de 29/11/2010, <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

Resolução CSJT n.º 174, DE 30 DE SETEMBRO DE 2016, <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95527>.

Serpa, Maria Nazareth, “Teoria e Prática da Mediação de Conflitos”, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 1999, pág.90/91.